

LE

RETRAIT D'INDIVISION

(Art. 1408, al. 2)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le samedi 10 juin 1911, à 1 heure 1/2

PAR

CONSTANTIN GEROTA

Président : M. PIÉDELIEVRE.

Suffragants { MM. PLANIOL, *professeur.*
PERCEROU, *agrégé.*

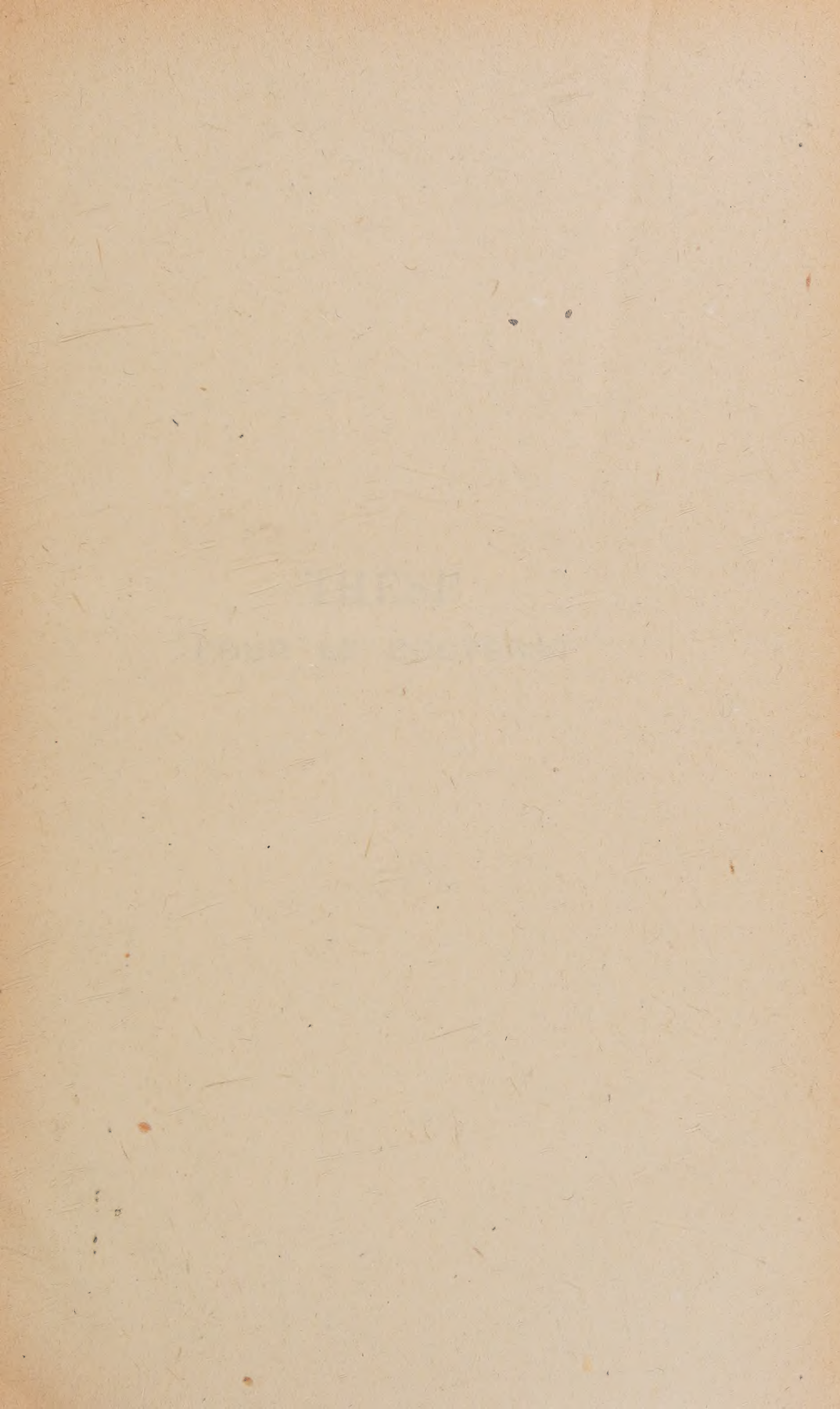
PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 43

1911



THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LE

RETRAIT D'INDIVISION

(Art. 1408, al. 2)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le samedi 10 juin 1911, à 1 heure 1/2

PAR

CONSTANTIN GEROTA



Président : M. PIÉDELIEVRE.

Suffragants { MM. PLANIOL, professeur.
PERCEROU, agrégé.

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1911

Digitized by the Internet Archive
in 2026

LE RETRAIT D'INDIVISION

INTRODUCTION

Généralité sur le retrait

L'article 1408 du Code civil est ainsi conçu : « L'acquisition faite pendant le mariage, à titre de licitation ou autrement, de portion d'un immeuble dont l'un des époux était propriétaire par indivis ne forme point un conquêt, sauf à indemniser la communauté de la somme qu'elle a fournie pour cette acquisition. — Dans le cas où le mari deviendrait seul et en son nom personnel acquéreur ou adjudicataire de portions ou de la totalité d'un immeuble appartenant par indivis à la femme, celle-ci, lors de la dissolution de la communauté, a le choix ou d'abandonner l'effet à la communauté, laquelle devient alors débitrice envers la femme de la portion appartenant à celle-ci dans le prix, ou de retirer l'immeuble en remboursant à la communauté le prix de l'acquisition. »

Cette disposition a donné lieu à d'assez nombreuses difficultés qui ne peuvent être résolues qu'après avoir déterminé le fondement sur lequel repose l'article 1408.

Sous le régime de la communauté, le législateur en réglant la situation respective des époux, a suivi deux inspirations opposées qui se corrigent et se complètent mutuellement. Il a d'abord conféré au mari les pouvoirs les plus larges sur la direction de la communauté ; il lui en donne le gouvernement de la manière la plus absolue, avec dispense de rendre compte, avec la faculté d'accomplir des actes de disposition sur le patrimoine commun : c'est un écho, dans notre droit, de la maxime coutumière, énoncée par Dumoulin, en vertu de laquelle « *mulier non est proprie socia, sed speratur fore* » (Dumoulin, *Coutume de Paris*, n° 3 ; Pothier, *Traité de la communauté*, 1770, n° 497). Investi de semblables pouvoirs, le mari peut librement compromettre, ruiner même la communauté par inexpérience, négligence, ou même par le résultat d'une faute, d'un délit. La loi va même plus loin ; elle lui attribue l'administration de la fortune propre de la femme, de sorte que, finalement, tous les biens du ménage se trouvent concentrés dans la même main, réunis sous la direction du mari. Le législateur a ainsi créé à la femme une situation manifestement subordonnée, et c'est seulement à une époque récente qu'il l'a relevée de son état de dépendance, lui a permis d'exercer un contrôle sur la gestion des biens communs, et même d'administrer seule les gains et salaires qu'elle peut se procurer par son

travail. (Loi du 13 juillet 1907). D'autre part, désireux de prémunir l'épouse contre l'omnipotence du mari et les conséquences funestes de nature à en résulter sur le patrimoine de la femme, le législateur s'est efforcé de conférer à celle-ci un certain nombre de garanties bien connues, qui consistent dans la priorité qui lui est accordée pour l'exercice de ses reprises, l'hypothèque légale destinée à en assurer le paiement par préférence, la séparation de biens judiciaire, la faculté de renoncer à la communauté, le bénéfice d'émolument en cas d'acceptation.

Parmi les sûretés dont la loi a entouré la femme, figure le retrait d'indivision organisé par le second alinéa de l'article 1408. C'est un des privilèges que possède la femme en vue de contrebalancer les pouvoirs exorbitants dont le mari est légalement investi sous le régime de la communauté. Ce privilège, connu sous le nom de « *retrait d'indivision* », consiste essentiellement en un droit d'option offert à l'épouse. La femme est propriétaire d'une part indivise dans un immeuble, qu'elle a généralement recueilli dans une succession à laquelle elle a été appelée en concours avec d'autres héritiers. Le mari se rend acquéreur de l'immeuble qui appartenait dans ces conditions à la femme.

Dans cette hypothèse, la loi, sans se prononcer sur la condition juridique de cet immeuble, sans décider qu'il sera un propre ou au contraire un conquêt, confère à la femme une option : il appartient à celle-ci d'abandonner

le bien à la communauté en se faisant rembourser le prix de sa part dans l'immeuble, ou bien, si elle le préfère, de prendre pour elle l'acquisition toute entière, à charge de rembourser ce qui excède sa part à la communauté. Quand elle se décide à prendre ce second parti, elle exerce ce que la loi appelle le retrait d'indivision. Elle a manifesté son intention de transformer le bien dont il s'agit en un propre pour la totalité à son profit. En conférant une semblable faculté à l'épouse, le législateur a été inspiré par une pensée de méfiance à l'égard du mari ; il a voulu éviter que le mari n'abuse de son autorité et de son influence pour empêcher la femme d'acquérir par elle-même et en son nom un immeuble dont elle possédait déjà une fraction en propriété indivise. Le législateur a entendu interdire au mari de réserver à la communauté, c'est-à-dire en partie à lui-même, le profit d'une excellente opération (Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville. *Du contrat de mariage*, tome 1^{er}, 2^e éd., 1901, n° 445). L'intérêt que pouvait avoir le mari à détourner la femme de l'acquisition est le suivant : si la femme se porte elle-même adjudicataire de la totalité de l'immeuble, l'acquisition constitue pour elle un bien propre, étranger à l'actif de la communauté. Or, c'est précisément ce résultat que le mari se propose d'éviter ; il a l'intention d'acquérir l'immeuble pour la communauté ; il prévoit que l'opération est avantageuse et, du moment qu'elle sera profitable à la communauté, il en retirera lui-même le plus clair bénéfice. Usant dès lors de son influence, il persuadera l'épouse de ne pas

réaliser l'acquisition pour elle-même ; il lui représentera qu'il s'agit d'une opération hasardeuse, susceptible de préjudicier à son patrimoine et qu'il serait préférable de le laisser agir seul. La femme, qui, sous la communauté, n'occupe qu'un rôle effacé dans l'administration, écoutera volontiers ce langage et s'en remettra comme d'habitude au mari du soin de diriger les affaires pécuniaires du ménage. Ayant ainsi profité de l'ascendant qu'il exerce sur sa femme, le mari aura empêché celle-ci d'augmenter son patrimoine propre d'un bien nouveau.

La règle inscrite dans l'article 1408, alinéa 2 est donc pleinement justifiée. Le législateur aurait pu sans doute prendre un autre parti : maintenir définitivement à la femme la propriété personnelle du bien que le mari aurait acquis dans ces conditions ; mais la règle ainsi formulée n'eût pas constitué pour la femme une garantie assez efficace. L'acquisition peut être désavantageuse et l'épouse n'aurait pu protester contre une attribution faite conformément à la loi, mais préjudiciable à ses intérêts. En définitive, la fixation immédiate du sort de l'immeuble ne pouvait être précisée sans inconvénient ; en l'attribuant à la communauté, le législateur faisait le jeu du mari ; en le transférant à la femme, il pouvait quelquefois nuire à celle-ci. Ainsi s'explique la solution intermédiaire de l'article 1408 ; la femme est laissée juge de son propre intérêt ; et, pour qu'elle prenne parti sans être dominée par le mari, elle n'est tenue d'exercer son option qu'à la dissolution de la

communauté, c'est-à-dire à une époque où elle aura recouvré toute son indépendance.

Pour étudier le mécanisme de ce droit d'option qui figure au nombre des garanties conférées à la femme commune en biens contre son mari, nous adopterons le plan suivant :

- 1° Historique du droit d'option conféré à la femme ;
 - 2° Caractère juridique du droit d'option ;
 - 3° Dans quels cas et à quelles conditions la femme peut-elle exercer le retrait d'indivision ?
 - 4° A quelle époque s'exerce le retrait, sur quoi porte-t-il et par qui peut-il être exercé ?
 - Et enfin :
 - 5° Les effets produits par l'option de la femme, c'est-à-dire les conséquences du retrait d'indivision.
-

CHAPITRE PREMIER.

HISTORIQUE DU DROIT D'OPTION CONFÉRÉ A LA FEMME.

En législation, deux conceptions sont possibles pour assurer la conservation des droits de la femme dans l'hypothèse aujourd'hui prévue par l'article 1408. Ou bien le législateur organisera une option au profit de l'épouse ; ou bien, pour déjouer la fraude ourdie par le mari, il attribuera immédiatement et dans tous les cas à la femme la propriété de l'immeuble dont elle possédait par indivis une part. C'est à ce dernier système, l'acquisition forcée, que la préférence a été donnée par le droit romain ; la *Loi* 78, § 4, au *Digeste*, au titre « *De jure dotium* » prévoit la question (23, 3). Une femme se constitue en dot un immeuble dont elle possède une portion indivise ; le copropriétaire exerce contre le mari l'action *communi dividundo* ; à la suite du partage, l'immeuble est adjugé au mari. La portion indivise apportée en dot demeure dotale ; mais quel va être le sort de la partie nouvellement acquise ? Si le mariage vient à se dissoudre, le mari, qui a acheté cette fraction en son nom personnel, et qui l'a payée de ses deniers, pourra-t-il la conserver ? En aucune manière. Le droit romain, se

rattachant ici au système de la propriété imposée à la femme, décide que le mari devra restituer l'immeuble tout entier à l'épouse, sauf à se faire rembourser la somme qu'il a versée au copropriétaire, et cette disposition de la *Loi 78*, § 4, est absolument impérative : aucun choix n'est accordé au mari ni à la femme ; le mari se trouve dépouillé de l'acquisition qu'il avait faite sans que l'épouse puisse se refuser à la prendre pour son compte : « *Nec audiri debet alteriter eam æquitatem recusans aut mulier in suscipienda parte altera quoque aut vir in restituenda.* » La dissolution du mariage a pour effet de retirer au mari la propriété du bien acquis dans ces conditions et d'obliger la femme à prendre cette partie dans son patrimoine ; la conception romaine est donc très différente de celle qui a inspiré les rédacteurs de l'article 1048. Toutefois le mari était maître de compromettre et d'anéantir les droits de la femme sur l'immeuble en aliénant la portion qu'il avait acquise ou en la grevant de droits réels. Cette part indivise ne présentait pas, en effet, pendant le mariage, le caractère d'un bien dotal, et, par suite, le mari était investi sur elle des droits d'un véritable propriétaire. Libre de grever cette portion de servitudes et d'hypothèques, il avait pareillement la faculté d'aliéner et c'était seulement dans le cas où le bien se retrouverait intact à la dissolution du mariage que la femme était contrainte de le reprendre en propriété, sans pouvoir, d'ailleurs, prétendre à une rétroactivité de son droit.

Pour quel motif le mari était-il ainsi contraint, à Rome,

de restituer à la femme la totalité de l'immeuble ? Il ne semble pas que la règle romaine ait été inspirée par un sentiment de méfiance à l'égard du mari. La solution écrite dans la loi 78 n'est qu'une application des règles générales qui gouvernaient la dot. C'était en effet un principe essentiel qu'à la dissolution de l'union conjugale le mari devait rendre non seulement les biens constitués en dot, mais tous les accessoires qui étaient venus l'augmenter. Il devait *præstare causam rei*, fournir ce qu'il avait acquis à l'occasion de la dot ; c'est ainsi que toutes alluvions profitaient à la femme (loi 10, § 1, *Dig. De jure dotium.*) Or, la réunion d'une portion indivise à une autre portion indivise semblait également un accroissement naturel de la dot ; c'était plutôt une augmentation du bien apporté en dot par la femme que l'acquisition d'un bien nouveau ; le mari avait par là joint au fond une sorte d'accessoire ; il n'avait pu le faire que parce qu'il était déjà en possession d'une certaine partie ; tel était le motif pour lequel la femme se trouvait dans l'impérieuse obligation de reprendre la totalité de l'immeuble à la fin de l'union conjugale. Ce résultat était conforme, d'ailleurs, comme toutes les règles assurant la conservation de la dot, à l'intérêt du mariage.

Du droit romain, l'institution passa dans les pays de droit écrit, puis dans les régions coutumières. Les pays de droit écrit conservèrent la règle inscrite dans la loi 78 § 4 ; ils ne concédèrent jamais le droit d'option à la femme (voir Roussilhe, *Traité de la dot*, n° 555 et s.) On a affirmé cependant quelquefois que les parlements du midi avaient

apporté une atténuation à la règle romaine et qu'ils permettaient à l'épouse de répudier la propriété de la fraction indivise acquise par le mari ; et telle est, notamment, l'opinion émise dans Dalloz : « Admises dans les pays de droit écrit et dans les pays de coutume, la loi romaine reçut des modifications qui en tempérèrent la rigueur. Tout en conservant le principe que la part acquise par le mari accroissait à la femme, l'ancienne jurisprudence permit à celle-ci de répudier cette propriété, si elle jugeait cette opération préjudiciable.... Le retrait d'indivision ainsi modifié était admis notamment par les parlements de Toulouse et de Bordeaux. (Dalloz, *Répertoire alphabétique*, verbo « Contrat de mariage », n° 830, 831. Dans le même sens, Troplong, *Traité du contrat de mariage*, tome 1, n° 646 ; Rodière et Pont, *Du contrat de mariage*, tome 1, p. 536 ; Riom, 10 février 1836, S. 36, 2. 186 ; Cass., 8 mars 1837, S. 37, 1. 331). Il ne semble pas cependant que cette opinion puisse s'appuyer sur l'autorité de Roussilhe ; dans le passage cité (*Traité de la dot*, n° 556 et s., p. 408), ce jurisconsulte prévoit successivement deux hypothèses : d'abord, une acquisition faite à l'amiable, puis une adjudication au profit du mari d'un immeuble dont la femme était propriétaire par indivis, et il paraît bien aboutir dans les deux cas à la même conclusion, savoir, que la femme ne peut décliner la propriété du bien que le mari est censé avoir acheté pour elle et dans son intérêt. Pour le cas d'abord, où le mari a acquis à l'amiable et en son nom personnel les parts des copropriétaires de sa femme, Roussilhe

enseigne que ces parts devront être abandonnées par le mari à la femme ou aux héritiers de celle-ci ; il aura seulement le droit de se faire indemniser de ses déboursés : « S'il a accepté des ventes ou transports de la part de ses beaux-frères, de leur portion héréditaire, il ne peut, après la dissolution du mariage réclamer ses droits en fonds contre sa femme ou ses héritiers, mais uniquement les sommes qu'il a déboursées, parce qu'il est présumé avoir accepté les traités pour sa femme... En conséquence, il peut, de son côté, contraindre les héritiers de celle-ci à lui rendre le prix des transports qu'il avait acceptés, sans que ceux-ci soient fondés à lui opposer que celui qui a cédé ses droits n'avait, ni ne pouvait exiger que du fonds et qu'on lui en offre, parce que ce n'est pas pour lui qu'il a acquis, mais pour sa femme. » Et Roussilhe insiste sur ce point que même si l'opération était désavantageuse pour la femme, celle-ci ne pourrait nullement en écarter les conséquences : « Que doit-on décider, se demande-t-il, si le mari a acquis les droits au delà de leur valeur ? Dans un contrat de mariage, on ne limite ni on ne peut limiter au futur époux le prix auquel il pourra acquérir ses droits ; ainsi, quel que soit le prix pour lequel il pourra acquérir les droits de ses beaux-frères ou belles-sœurs ou autres, il est toujours présumé être resté dans les bornes de son mandat... » Après avoir examiné l'hypothèse d'une acquisition amiable, Roussilhe envisage celle d'une adjudication sur licitation, au profit du mari, d'un immeuble dont la femme avait apporté la moitié indivise en dot. L'épouse,

dans ces conditions, pourra réclamer la totalité du fonds aux héritiers du mari, sauf à leur rembourser la somme versée à titre de prix. Puis il déclare que « la femme ou ses héritiers ayant le droit de retenir les dites acquisitions, il faut que la loi soit égale ; ainsi les héritiers du mari, en abandonnant le fonds, peuvent contraindre la femme ou ses héritiers au remboursement du prix des acquisitions et des réparations. Et cela parce que le mari n'est présumé n'avoir agi que comme le procureur fondé de la femme. » Cette contrainte est évidemment exclusive pour la femme d'écarter la propriété que la loi lui destine. On peut invoquer dans le même sens l'autorité de Guy du Rousseaud de Lacombe, *Recueil de jurisprudence civile*, verbo « Dot », p. 234. D'après cet auteur, « le mari ayant acquis la portion indivise du copropriétaire de la dot, la femme est obligée de prendre cette portion et de rembourser. » C'est bien la preuve que la règle romaine ne cessa pas de s'appliquer dans les pays de droit écrit jusqu'à la fin de l'ancien régime.

Dans les Provinces Coutumières, l'institution du retrait ne pouvait être accueillie que favorablement puisque c'était un moyen d'assurer la conservation des propres dans les familles, et rien n'était plus conforme à l'esprit du droit coutumier. Lorsqu'une femme était propriétaire au moment du mariage d'une fraction indivise d'un immeuble, c'était le plus souvent un bien qu'elle avait recueilli par succession, qu'elle possédait en commun avec d'autres héritiers. Si le mari avait eu la faculté de s'approprier une

fraction de ce bien venu de la famille de la femme, le patrimoine d'une famille aurait été diminué pour enrichir des étrangers; rien n'était plus contraire à toutes les règles traditionnelles en la matière. Le principe de la conservation des propres commandait de soustraire au mari l'acquisition qu'il avait faite et d'en réserver le bénéfice à la femme. Ce fut sans doute vers la fin du ^{xvi}^e siècle, lors de la seconde rédaction de la Coutume de Paris et de la réglementation définitive de la communauté coutumière, que la règle romaine passa dans les pays du nord. Mais en l'acceptant, les pays de Coutume la déformèrent et il devait en être ainsi par suite du mécanisme de la communauté. A Rome, comme dans les pays de droit écrit, le mari conservait jusqu'à la dissolution du mariage la propriété des parts qu'il avait acquises avec faculté complète d'en disposer; le droit coutumier n'admit pas une semblable solution et il transféra immédiatement à la femme la propriété de la part acquise sous réserve des pouvoirs d'administration du mari sur le bien acquis dans ces conditions, comme d'ailleurs sur les propres de l'épouse en général. Mais, dans le nord comme dans le midi de la France, ce fut le système de la propriété imposée à la femme qui triompha; il n'y avait pas d'option dont celle-ci put se prévaloir; le bien lui était propre, sauf à rembourser à la communauté la moitié du prix que celle-ci avait payé.

La doctrine dominante des anciens auteurs est certainement celle de l'appropriation forcée; Lebrun dé-

clarait que la femme ne pouvait répudier la propriété acquise par son mari et qu'il ne convenait pas de lui attribuer un droit d'option : « Si le mari ou la femme a apporté en mariage une portion indivise en quelque maison ou héritage, qui soit licité et évincé par la licitation, il en a son emploi. Si l'héritage lui demeure entier, il lui est propre, en payant le mi-denier de la part des copropriétaires ; mais la difficulté est si le conjoint peut refuser cette part ; ce qui se peut proposer en deux cas qui semblent différents : en supposant, dans le premier, que l'ancienne portion de l'héritage était propre au mari, et dans le second qu'elle était propre à la femme. Il semble que, si elle était propre au mari, il y ait moins de difficulté, en supposant principalement qu'il ait provoqué la licitation, car il ne l'a fait que pour avoir l'héritage entier. Ainsi quand on l'obligera de le conserver en payant le mi-denier, il ne pourra pas dire qu'on lui fera faire cette acquisition malgré lui. Si l'héritage était propre à la femme, quelle raison y a-t-il de l'obliger de conserver les portions acquises par la licitation peut-être à trop haut prix ? Il faut dire, nonobstant cela, que la femme sera obligée, lors de la dissolution de la communauté, de prendre le total de l'héritage..... Elle possédait une part indivise, susceptible par conséquent de cet accroissement forcé qui arrive par l'événement d'une licitation » (Lebrun, *Traité de la communauté*, liv. I, chap. V, sect. 2, distinction 3, n° 10). On peut invoquer dans le même sens l'autorité de Ferrières, sur l'article 220 de la Coutume de

Paris, et celle de l'avocat Cochin ; « Dire qu'il faudrait une acceptation de la femme, est une proposition absurde » écrit ce dernier auteur, « car on ne peut supposer que le mari achète trop cher, puisqu'il commencerait à se faire tort à lui-même en se privant des intérêts d'une forte somme » (*Plaidoyers*, tome V, p. 231). La même décision rigoureuse pour la femme était admise encore au début du XVIII^e siècle par le Châtelet de Paris : c'est ce qui ressort des écrits de Bourjon (*Droit commun de la France*, tome I, p. 537). Ce jurisconsulte déclare, en effet, que « lorsque les conjoints se rendent adjudicataires par licitation d'un immeuble dans lequel l'un d'eux avait une portion indivise, cet immeuble n'est pas conquêt, mais propre pour le tout à celui qui avait une partie indivise dans l'héritage ; c'est accroissement de propriété, sauf la récompense. » Toutefois Bourjon critique la jurisprudence du Châtelet de Paris comme trop rigoureuse ; il se sépare quelque peu de l'opinion qui était à cette époque unanimement admise, et il se prononce en faveur d'une option à accorder à la femme. En effet, remarque-t-il, il peut se présenter des hypothèses où l'immeuble a été acquis par le mari dans des conditions onéreuses ; si on oblige la femme à prendre cette acquisition pour elle, à subir les effets de l'opération que le mari a passée pour elle, n'est-ce pas nuire à son patrimoine propre ? N'est-ce pas contraire à la règle coutumière qui défendait au mari de compromettre les propres de sa femme ? Dès lors, tout en acceptant le principe de l'accroissement posé par la loi

romaine, il estime que dans une certaine mesure, la femme doit être libre de répudier l'acquisition faite pour son compte ; et cette liberté lui semble commandée surtout lorsque la femme renonce à la communauté. Cela implique une pensée de défiance vis-vis de tous les actes qui ont été accomplis par le mari, et, logiquement, les conséquences d'une opération particulière passée par ce dernier ne sauraient être mises, sans répudiation possible, à la charge de la femme. Il lui paraît donc que la faculté d'option s'impose au profit de la femme qui renonce à la communauté : « On ne doit pas néanmoins l'admettre (l'appropriation forcée) par rapport à la femme renonçante à la communauté, lorsqu'elle n'a pas concouru à la licitation ; autrement il arriverait, contre la disposition de la Coutume, que le fait de son mari aurait donné atteinte à ses propres » (Bourjon, *Droit commun de la France*, tome I, p. 537). L'idée de Bourjon est acceptée par d'autres jurisconsultes. Valin, Procureur de l'amirauté à La Rochelle, accorde formellement à la femme la faculté d'option revendiquée pour elle par Bourjon : « Le même principe qui défend au mari de partager seul une succession dévolue à sa femme, lui refuse pareillement le droit de liciter un bien dans lequel la femme a une portion indivise. C'est qui s'entend néanmoins si, par l'événement de la licitation, il abandonne la portion de sa femme. Car si, au contraire, il se rend adjudicataire des portions des autres, rien n'empêche que le contrat n'ait son effet, puisque par là, la femme ne peut souffrir aucun préjudice dans ses propres

et qu'elle peut même y gagner par la faculté qu'elle a de retenir les portions acquises de ses copropriétaires, en payant la récompense à la communauté, ou de les laisser en ce cas pour le compte de la communauté, en conservant seulement sa portion personnelle » (*Sur la coutume de La Rochelle*, art. 22, § 1, tome I, p. 493, n° 28).

Pothier, lui aussi, se rattache à cette conception ; c'est ce qu'on peut induire du passage suivant : « Néanmoins j'inclinerais à dire que la qualité de mari et d'administrateur de la personne, des biens et des affaires de la femme, doit faire facilement présumer que, dans les actes qui concernent les affaires de ma femme, c'est en cette qualité de mari et pour ma femme que j'y procède, quoique cela ne soit point exprimé par l'acte. En vain oppose-t-on qu'un partage d'une succession échue à ma femme excède mon pouvoir d'administrateur de ses biens ; car il suit seulement de là que l'acte ne serait pas valable si elle le désapprouvait » (*Traité de la communauté*, n° 151). Il faut conclure de ces opinions exprimées par les auteurs les plus connus de la fin de l'ancien droit que les inconvénients du système de l'appropriation forcée leur étaient très clairement apparus, et c'est pour ce motif qu'ils recommandaient la faculté d'option en faveur de la femme comme de nature à lui assurer une protection plus complète, plus soucieuse de ses intérêts. Il convient toutefois de signaler qu'une Coutume importante, qui, à beaucoup d'égards, se distinguait des autres, celle de Normandie, ne contenait aucune disposition sur la question et ne se

prononçait ni en faveur du système de l'option, ni pour l'appropriation forcée. Elle attribuait au mari acquéreur d'une portion d'immeuble appartenant par indivis à la femme la propriété incommutable de cet immeuble (Rodière et Pont, *Traité du contrat de mariage*, tome I, p. 537). Aussi rencontre-t-on dans la première moitié du xix^e siècle des décisions judiciaires rendues à propos de procès concernant des époux dont le mariage avait été contracté sous l'empire de la Coutume de Normandie, et qui n'appliquent pas aux époux l'article 1408 (Cass. 22 mars 1844, D. 44, 1. 193; Rouen, 24 février 1842, S. 1842, 2. 249).

En présence des deux courants qui se sont manifestés dans l'ancien droit, le premier dans le sens de l'appropriation forcée, le second réservant à la femme une faculté d'option, à quel parti les rédacteurs du Code civil se sont-ils arrêtés ? Il est certain que les inconvénients du premier système s'étaient révélés trop nettement pour qu'il pût rallier beaucoup de partisans ; mais la faculté d'option recommandée par les auteurs du xvii^e et du xviii^e siècle ne s'appuyait sur aucun texte des anciennes Coutumes, et elle n'avait aucun précédent dans la législation antérieure.

L'hésitation était donc permise ; aussi comprend-on l'incertitude qui présida à l'élaboration du texte appelé à devenir plus tard l'article 1408. La première rédaction qui fut soumise au Conseil d'État contenait sur l'article 1408 une disposition ainsi conçue : « L'immeuble acquis par licitation sur une succession échue à l'un des époux et dont ce dernier était déjà propriétaire par indivis ne forme point

un conquêt, sauf à indemniser la communauté de la somme qu'elle a fournie pour cette acquisition. Néanmoins l'immeuble acquis par licitation et dans lequel la femme avait un droit indivis, tombe en communauté, si la femme a procédé seule dans la licitation, comme autorisée de justice au refus du mari et si, en ce cas, le mari s'est rendu seul adjudicataire en son nom. » Ce texte formulait donc deux règles : a) Lorsque le mari se rend en son nom personnel acquéreur d'un immeuble dont une portion indivise était la part de la femme, l'acquisition est réputée faite par celle-ci ; l'immeuble lui est attribué ; c'est le système de l'appropriation forcée qui persiste. b) Seulement, deuxième règle, le législateur fournit à la femme un moyen d'échapper à l'acquisition qui lui est imposée ; c'est parce que le mari est considéré comme son gérant d'affaires que la femme devient propriétaire de l'immeuble acquis par le mari sur licitation, et le seconde partie du texte fournit à l'épouse un moyen d'éviter l'application de cette présomption. En effet, à supposer que le mari refuse à sa femme l'autorisation de mettre l'immeuble en licitation, l'épouse sollicitera l'autorisation du tribunal et elle pourra liciter l'immeuble ; dans ces conditions, si le mari se porte adjudicataire, il ne saurait être considéré comme ayant agi pour le compte de l'épouse, il aura réalisé l'achat pour son compte personnel ou pour la communauté. Il est bien clair que, s'il avait été dans l'esprit des rédacteurs du premier projet de reconnaître le droit d'option, ils n'auraient pas fait tant de détours pour éviter

à la femme une acquisition peut-être onéreuse. C'est bien la preuve que la faculté d'option n'était pas reconnue par les Coutumes, sinon les rédacteurs du premier projet se seraient bornés à consacrer purement et simplement les précédents. Là-dessus s'engagea au Conseil d'État une discussion assez confuse ; Régnauld de Saint-Jean-d'Angély critiqua la seconde disposition du texte. Tronchet lui en ayant démontré le bien-fondé, il s'attaqua à la première disposition ; de là de nouvelles observations de Tronchet ; celles-ci l'amènèrent à examiner plus attentivement la rédaction de l'article 1408. Et il déclara que l'absence de toute option au profit de la femme, lors de la dissolution de la communauté, exposait celle-ci à subir un préjudice qu'elle n'aurait pu éviter. En faveur du système de l'option, il crut d'une bonne argumentation de faire appel à l'ancien droit ; d'après lui « l'ancienne jurisprudence donnait dans ce cas à la femme, lors de la dissolution de la communauté, le droit de retirer l'héritage comme propre ou de le laisser dans la classe des conquêts » (Locré, t. XIII, p. 191). C'était là assurément une erreur historique. Les Coutumes n'auraient nullement consacré le principe d'une option accordée à la femme ; c'était là seulement l'opinion de la doctrine dans le dernier état de l'ancien droit, et Tronchet a pris à tort pour une règle de législation positive une tentative faite par les auteurs pour améliorer sur ce point la solution donnée par les Coutumes. Mais les rédacteurs du Code civil n'entreprirent point de contrôler les assertions de Tronchet par des investigations historiques ; il leur parut qu'il était

conforme aux intérêts de la femme de lui accorder une option ; de là une nouvelle rédaction proposée par la section de législation du Tribunat et d'après laquelle toute acquisition faite par le mari, même autrement que sur licitation, d'un immeuble dans lequel la femme possédait une part de propriété indivise, est un conquêt, sauf le droit pour la femme de le retirer de la communauté et de se l'approprier (Locré, t. XIII, pages 128, 190, 214, 247, 456). Ainsi a été profondément changé le caractère de l'ancienne institution, et on a dit souvent que la faculté d'option consacrée par l'article 1408 aboutit en quelque sorte à introduire un retrait dans notre législation. Le système de l'appropriation forcée a été définitivement condamné par le Code comme contraire aux règles générales de la communauté et aux intérêts de la femme, mais cela ne veut pas dire que celle-ci n'acquiert immédiatement aucun droit.

CHAPITRE II.

CARACTÈRE JURIDIQUE DU DROIT D'OPTION.

La question de savoir quelle est exactement la nature juridique du droit d'option est incontestablement une des plus délicates de la matière. Dans la pratique, le droit que l'article 1408 accorde à la femme est désigné sous le nom de « retrait d'indivision » ; mais est-ce véritablement une faculté de retrait ? Cette qualification convient-elle à la manifestation de volonté par laquelle la femme déclare son intention de réunir à la part indivise qu'elle possédait antérieurement les portions acquises par son mari ? Sur ce point, deux opinions divergentes se sont produites ; l'une qui s'inspire de la tradition coutumière, et qui est la théorie classique ; l'autre, qui se rattache davantage aux liens qui unissent les deux parties de l'article 1408, et qui invoque également le droit romain.

D'après le premier système, le droit d'option s'analyserait purement et simplement en l'exercice d'une faculté de retrait.

Une femme mariée en communauté est copropriétaire d'un immeuble. Sur la licitation qui en est faite, le mari

se porte acquéreur en son nom personnel de l'immeuble. A la dissolution du mariage, la femme déclare revendiquer l'acquisition pour elle. Si l'on considère que le bien a été compris dans l'intervalle parmi ceux de la communauté, c'est bien un véritable retrait que la femme exerce. Et telle est, en effet, cette première opinion : *l'immeuble est provisoirement un conquêt* (Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, tome V, § 507, texte et note 404, p. 345, 4^e éd. ; Laurent, *Principes de droit civil français*, tome XXI, n° 346 et s. ; Colmet de Santerre, *Cours analytique de code civil*, tome VI, n° 37 bis ; Guillouard, *Traité du contrat de mariage*, tome II, n° 556 ; Baudry, Le Courtois et Surville, *Traité du contrat de mariage*, tome I, n° 458). — Avec la seconde opinion, le droit accordé à la femme revêt un tout autre caractère ; *l'immeuble acquis a été pour la femme un propre, dès le début et pour le tout*. Toutefois, il n'est pas devenu nécessairement un propre, une option est accordée à l'épouse, et ce qui, dans ce système, devient exceptionnel, ce n'est point le droit de retrait ; il n'existe pas, c'est, au contraire, la faculté que possède la femme d'abandonner l'immeuble à la communauté. Il faut, en effet, s'attacher plus étroitement, qu'on ne le fait généralement, à la relation qui réunit les deux alinéas de l'article 1408. D'après le premier alinéa de ce texte, toute acquisition d'un immeuble sur lequel un époux, quel qu'il soit, possédait un droit indivis, constitue dans tous les cas, sans distinguer entre le mari ou la femme, un propre pour le tout. Telle est la règle générale. Le deuxième

alinéa ne constitue qu'une exception à cette règle générale ; lorsque l'immeuble appartenait par indivis à la femme, quel que soit le titre pris par le mari dans l'acte d'acquisition, qu'il déclare agir au nom de la femme ou en son nom personnel, comme chef de la communauté, dans tous les cas la portion d'immeuble ainsi acquise ne tombera pas dans la communauté ; il y aura constitution d'un propre dès le début, et non pas seulement après le retrait exercé par la femme au profit de celle-ci. Le sens de l'article 1408 devient alors celui-ci : la femme, par une faveur spéciale, qui lui est due parce que la gestion de ses intérêts est confiée au mari, sera admise à écarter les conséquences de la situation que lui crée l'achat opéré par le mari, et demeurera libre de ne pas conserver l'immeuble dans son patrimoine propre. Elle ne manquera pas de s'arrêter à ce parti, si elle juge l'opération désavantageuse, et elle rejettera les conséquences de cette opération sur la communauté. C'est donc une conception fausse que de ramener entièrement la disposition de l'article 1408 à l'exercice d'un retrait ; ce sont certains interprètes du code civil qui ont fait appel à l'idée de retrait, parce qu'ils l'ont trouvée exprimée par les anciens auteurs et notamment par Pothier. Mais en réalité, rien dans le texte de l'article 1408 ne conduit nécessairement à imposer la survivance de cette idée archaïque et vieillie ; et, en décidant ainsi les auteurs qui développent cette opinion s'appuient sur l'origine première de l'article 1408, qui vient du droit romain. C'était pour le compte de la femme que le mari

était censé avoir fait l'acquisition, lorsqu'il se portait personnellement acquéreur d'une fraction d'un immeuble appartenant déjà par indivis à sa femme (Loi 78, *Dig.*, liv. 23, titre III). Le rapprochement de ce texte et de l'article 1408 permet de reconnaître des solutions frappantes par leur similitude. Donc, le bien acquis par le mari est un propre pour la femme, comme si elle avait acheté elle-même les parts de ses copropriétaires; mais, comme dans toute gestion d'affaires, elle peut refuser d'approuver l'acte accompli par le mari en qualité de gérant d'affaires; la conséquence de ce refus de ratification sera que la communauté se grossira de l'immeuble. Comment donc l'idée du retrait a-t-elle pu s'introduire et former la théorie classique? Ce fut une invention malheureuse des jurisconsultes coutumiers. En examinant l'hypothèse prévue par la Loi 78, *De jure dotium*, ils réfléchirent que la faveur accordée à la femme par le droit romain pouvait, dans certains cas, se retourner contre elle (quand le mari avait payé un prix trop élevé pour l'acquisition), et alors, s'inspirant d'une idée fort juste, ils voulurent permettre à la femme d'en répudier les conséquences, par la concession d'une faculté d'option. Seulement ils eurent le tort d'organiser cette option à la manière des retraits de l'ancien régime, si nombreux à cette époque. La pensée dominante qui inspirait ces jurisconsultes eut donc pour résultat d'aboutir à une opération en quelque sorte inverse de celle qu'avait prévue le droit romain, l'immeuble fut déclaré conquêt de communauté *pendente conditione*, et ne put

être revendiqué par la femme qu'au moyen d'un véritable retrait. (Troplong, *Du contrat de mariage*, t. I, n° 648 et s. ; Arntz, *Cours de droit civil français*, t. III, n° 607). Troplong est l'auteur qui a le plus fermement soutenu cette opinion ; il enseigne que l'immeuble acquis par le mari en son nom personnel, alors que la femme en était propriétaire par indivis, forme pendant la communauté un propre pour l'épouse, et ne deviendrait conquêt que si elle en faisait l'abandon lors de la dissolution de la communauté : « On suppose, écrit M. Troplong, un mandat tacite donné au mari, et prouvé d'abord par le silence de la femme, ensuite par son acquiescement. Puisque le mari n'a voulu faire qu'un partage dans l'intérêt de sa femme et que ce partage a procuré à la femme la totalité de la chose, il s'en suit qu'elle est censée avoir toujours été saisie de ce tout, au même titre qu'elle était saisie de la partie » (n° 655). La même opinion a été défendue par M. Babinet (*Revue de droit français et étranger*, 1845, tome II, p. 682) ; mais il a eu le tort d'employer une terminologie défectueuse : bien que se prononçant pour l'idée d'une gestion d'affaires, c'est-à-dire pour l'attribution de l'immeuble à l'épouse *pendente conditione*, il a le tort de conserver les expressions « retrait d'indivision », ce qui n'est pas de nature à dissiper l'obscurité.

Quels sont les intérêts de la question de savoir si provisoirement l'immeuble constitue un propre ou un conquêt ?

1° Suivant que cette question sera tranchée ou non dans

le sens de la communauté, les pouvoirs du mari ne seront pas les mêmes. S'il s'agit de l'exercice d'un droit de propriété par la femme sous forme de retrait, la situation intermédiaire de l'immeuble, provisoirement et en apparence conquêt de communauté, se trouve rétroactivement anéantie; la femme doit être considérée comme ayant été propriétaire exclusive dès le début de la fraction d'immeuble acquise par le mari; tous les actes accomplis par l'époux dans l'intervalle seront anéantis (constitution d'hypothèques, de droits réels, aliénations quelconques). Devenu propre de la femme, l'immeuble échappe en effet au pouvoir de disposition du mari; la femme aura le droit, étant propriétaire, de réclamer son immeuble, en quelques mains qu'elle le trouve. De là une situation assurément très grave pour le crédit, et qui changerait complètement, si l'acquisition avait pour résultat de faire immédiatement de l'immeuble un propre de la femme; car le mari serait ainsi dans l'impossibilité, dès le début, faute de pouvoirs suffisants, de constituer seul et sans le concours de la femme, au profit de tierces personnes, des droits réels opposables à celle-ci. Les partisans de l'idée de retrait répondent qu'il n'y a pas là d'inconvénient particulier à l'article 1408, et que la destruction des droits consentis aux tiers par le retrayé est le défaut inhérent à tous les retraits; c'est là une constatation exacte; mais ce n'est pas une raison pour augmenter arbitrairement leur nombre dans notre droit, sans la preuve d'une intention certaine du législateur et d'élargir ainsi le domaine

des retraites. L'inconvénient de ce régime est encore accentué ici, par la circonstance que la femme possède pendant 30 ans, et peut-être même davantage, ainsi que nous le verrons, la faculté d'option qu'elle puise dans l'article 1408 ; donc jusqu'à une date lointaine la perspective du retrait menacera le mari ou ceux qui auront traité avec lui. Avec le système de la gestion d'affaires, l'immeuble est, au contraire, propre à la femme dès le début, et jamais le mari n'aura eu le droit seul d'aliéner l'immeuble, de l'hypothéquer ou de le grever de droits réels ; la situation devient ainsi infiniment plus claire pour les tiers.

2° Il est possible que la femme n'ait pas opté dans le délai de 30 ans. Quelle sera alors la qualité de l'immeuble ? Si on décide qu'il est immédiatement un bien de communauté, la prescription aura éteint le droit de retrait qui appartenait à la femme. Avec le système de la gestion d'affaires, au contraire, le bien acquis par l'épouse lui appartient en propre, tant qu'elle n'a pas désapprouvé l'achat réalisé par son mari ; or, son silence prolongé pendant 30 ans équivaut à une ratification tacite et consolide définitivement la propriété sur sa tête.

3° S'il s'agit d'un retrait, le mari réalise l'acquisition pour son compte et comme chef de la communauté. Or, étant un étranger par rapport aux copropriétaires de la femme qui lui cèdent leurs parts, il acquiert en vertu d'une vente et non pas d'un partage ; d'où la conséquence que le droit des mutations d'immeubles est dû sur cette transmission (7 %/, à l'exclusion du droit de partage

0 fr. 25 $\%$, ou de licitation 4 $\%$). Au contraire, s'il s'agit d'une gestion d'affaires et que la femme acquiet immédiatement l'immeuble comme propre, elle se trouve directement en face de ses copropriétaires; elle est censée traiter avec eux par l'intermédiaire du mari; dès lors, l'acte qui intervient produit les effets juridiques ou fiscaux d'un partage ou d'une licitation et bénéficie d'un tarif réduit.

Dans quel sens la jurisprudence s'est-elle prononcée? Un assez grand nombre de décisions ont été rendues dans le sens de la propriété immédiate de la femme. D'après un arrêt de la Cour de Grenoble du 18 août 1854 (S. 55, 2. 91; D. 56, 2. 62), la portion acquise par le mari d'un immeuble dont la femme est copropriétaire par indivis revêt immédiatement le caractère de propre de la femme, sauf son droit d'abandonner ultérieurement la portion acquise, si elle le préfère. Donc, si le mari revend pendant le mariage à un tiers, en déduit la Cour, la portion de cet immeuble, la validité de la vente à l'égard de la femme est subordonnée à son option quant à l'exercice du retrait. Et la Cour invoque l'argument du lien qui existe entre les deux alinéas de l'article 1408 : « Attendu que la première partie de l'article 1408 pose le principe général d'exclusion de communauté pour tous les cas, que ce soit l'un ou l'autre des deux époux ou tous les deux ensemble qui aient fait l'acquisition, que la seconde partie du même article n'a d'autre objet que de conférer à la femme, pour le cas où ce serait elle qui se trouverait

propriétaire par indivis et que le mari achèterait, l'option de prendre ou de refuser l'acquisition ; que la propriété n'en repose pas moins sur sa tête, jusqu'au moment où elle use de son droit de répudiation. » C'est dans le même sens que se prononçait un arrêt de la Cour de Riom du 29 mars 1843, d'après lequel les créanciers du mari n'ont pas le droit de saisir l'immeuble acheté en son nom, immeuble dont la femme était co-propriétaire, ce qui implique l'idée que la propriété ne repose pas pendant l'intervalle sur la tête du mari, puisque s'il en était autrement, rien ne s'opposerait à ce que le mari conférât des droits aux tiers sur l'immeuble, sauf l'application de la maxime *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis*, lorsque, par l'effet de l'option ultérieure de la femme, l'immeuble lui deviendrait propre (*Journal des notaires et des avocats*, n° 4674). Enfin la même doctrine se rencontre dans un arrêt de la Cour de Cassation du 2 décembre 1867 (S. 68, 1. 461 ; D. 67, 1. 469). Et c'est encore au système de la gestion d'affaires et de l'acquisition immédiate à titre de propre au profit de la femme que se rattache un autre arrêt de la Cour suprême, en date du 17 février 1886 (*Gaz. Pal.*, 1886 ; S. 86, 1. 461 ; D. 86, 1. 249). Dans l'arrêt de 1886, la Chambre civile s'exprime ainsi : « Attendu que, dans le cas de l'article 1408, c'est-à-dire d'acquisition par le mari de la totalité ou de portion d'un immeuble dont sa femme était propriétaire par indivis, on doit présumer que le mari, agissant dans le but de faire cesser l'indivision, a stipulé, dans l'intérêt de la femme,

en vertu d'un mandat tacite donné par cette dernière et considérer comme propre de la femme la portion de l'immeuble ainsi acquise, s'il n'est pas établi que cette portion d'immeuble aît été abandonnée à la communauté. »

Cependant, malgré l'autorité qui s'attache aux arrêts de la Cour suprême, la controverse est loin d'être définitivement tranchée. D'abord la Cour de Cassation elle-même s'était prononcée en sens contraire par deux arrêts de date plus ancienne, le 25 juillet 1844 (S. 44, 1. 214), et le 14 novembre 1854 (S. 54, 1. 718). Puis un assez grand nombre de Cours d'appel ont décidé que l'immeuble devait être provisoirement comme un conquêt (Nancy, 9 juin 1854, S. 54, 2. 785 ; D. 55, 2. 554. — Caen, 31 juillet 1858, S. 59, 2. 97. — Bordeaux, 15 mai 1871, D. 71, 2. 237. — *Addé* : Trib. civ. Toulouse, 27 janvier 1894, S. 96, 2. 53). En réalité, dit-on dans cette opinion, la protection que la loi a voulu assurer à la femme ne saurait se retourner contre elle ; la première disposition de l'article 1408 est d'ordre général ; la seconde ne vise que l'épouse, et il n'y a aucun lien solide qui les réunisse ; il n'y a pas de base commune aux deux parties du texte ; la seconde ne saurait donc être une exception à la première, car elle vise une hypothèse pour laquelle la règle posée par l'article 1408, alinéa 1 n'a pas été écrite. Ce qu'on peut dire, c'est que chacune des dispositions de l'article 1408, considérée indépendamment l'une de l'autre, constitue une exception au droit commun de l'article 1401,

sur la composition active de la communauté (Pau, 9 déc. 1889, S. 91, 2. 49, note Bourcart). L'arrêt de la Cour de Pau décide que l'acquisition faite dans les conditions de l'article 1408, alinéa 2 ne constitue pas un propre, en raison de la règle générale inscrite dans les articles 1401 et 1402, en vertu de laquelle tous les immeubles acquis pendant le mariage sont réputés acquêts de communauté. En conséquence, déclare la Cour, il faut tenir pour certain que l'immeuble acquis par le mari est provisoirement un bien de communauté et c'est véritablement un retrait que l'article 1408 accorde à la femme. *Ainsi le système du retrait l'emporte généralement*, parce qu'il est considéré comme plus conforme au régime de la communauté.

Il nous semble, au contraire, que la vérité se trouve dans les derniers arrêts de la Cour de Cassation : le système de l'appropriation immédiate par la femme comportant une ratification de la gestion d'affaires effectué pour son compte par le mari répond bien mieux aux nécessités du crédit; d'autre part, il ne saurait méconnaître les intérêts de la femme, puisque celle-ci est toujours maîtresse de désavouer l'opération accomplie en son nom par le mari (Comp. Cass. civ., 17 févr. 1886 ; S. 86, 1. 161 ; D. 86, 1. 249).

CHAPITRE III.

DANS QUELS CAS ET A QUELLES CONDITIONS LA FEMME PEUT-ELLE EXERCER LA FACULTÉ D'OPTION ?

Nous examinerons successivement : 1^o dans quels cas ;
2^o à quelles conditions le droit d'option peut être exercé.

I. — DANS QUELS CAS, SOUS QUELS RÉGIMES LA FACULTÉ D'OPTION S'EXERCE-T-ELLE ?

En organisant le droit d'option, de l'article 1408, le législateur s'est proposé de protéger la femme contre les abus de pouvoir du mari. Or, cette organisation protectrice n'a été établie par lui en termes exprès que sous le régime de la communauté. Faut-il cependant généraliser l'application du texte ? Faut-il l'étendre à toutes les femmes mariées, quel que soit le régime matrimonial des époux ? Incontestablement, il est possible, sous tous les régimes, que la femme soit propriétaire d'un immeuble par indivis, dès avant le mariage et qu'elle ait intérêt à s'assurer la pleine propriété de ce bien en réunissant à sa part celle de ses coindivisaires ; et l'on conçoit facilement

sous tous les régimes un abus de pouvoir de la part du mari, pour l'empêcher de réaliser cette acquisition, et de se réserver pour lui-même, dans une mesure plus ou moins large, le bénéfice d'un marché avantageux. Pourquoi, dès lors, la femme ne posséderait-elle pas, quel que soit son régime matrimonial, la faculté d'exercer le retrait, si les règles caractéristiques des divers régimes matrimoniaux autres que la communauté ne s'y opposent pas ?

Cela posé, il apparaît immédiatement que, sous le régime de séparation de biens, la règle de l'article 1408, alinéa 2, ne saurait s'appliquer. En effet, les deux époux ont des intérêts pécuniaires complètement distincts. On ne voit pas dès lors au nom de quels principes le retrait d'indivision pourrait être accordé à la femme. Elle est restée propriétaire de tous les biens qui composaient avant le mariage son patrimoine ; elle en garde l'administration et la jouissance. Aucune immixtion ne se produisant de la part du mari, relativement à la gestion de sa fortune, la femme jouit d'une indépendance entière ; elle est à l'abri des abus d'influence si redoutables de la part du mari, lorsque la direction des intérêts communs du ménage est confiée à ce dernier.

Il y aura lieu, par analogie, d'exclure l'application de l'article 1408 dans le régime dotal, mais seulement dans l'hypothèse où le mari aurait acheté un paraphernal, car relativement à cette catégorie de biens, la femme possède les mêmes droits que si elle était séparée de biens. (Flurer, *Du retrait d'indivision*, thèse, Nancy, 1874, p. 108 ; Babinet,

art. précité). (Dalloz, *Répertoire, Contrat de mariage*, n° 833.

Cette réserve formulée, il y a deux régimes sous lesquels l'application de l'article 1408 paraît indispensable à la protection de la femme : le régime d'exclusion de communauté, et le régime dotal, lorsque l'acquisition faite par le mari concerne un bien compris dans la dot et dont l'épouse n'avait que la propriété indivise. On sait que, sous le régime d'exclusion de communauté, le mari possède des pouvoirs aussi absolus que pour l'administration de la communauté ; de même la situation de la femme est encore plus désavantageuse, car elle ne peut rien réclamer en principe, des économies ou des acquisitions réalisées par le mari. On n'aperçoit pas dès lors pour quel motif elle ne pourrait pas revendiquer l'acquisition, faite par l'époux en son nom personnel, d'un bien dans lequel elle était fondée pour une part aliquote ; la faculté de se prévaloir de l'article 1408, § 2, doit lui appartenir comme une compensation équitable de son rôle secondaire et effacé. Enfin, les pouvoirs exorbitants du mari sur la dot, sous le régime dotal, commandent l'extension de la même solution.

Quelles objections pourrait-on formuler contre cette opinion ? Il est facile de les apercevoir ; le retrait, disent ceux qui ramènent l'article 1408, alinéa 2, à un retrait, est un droit exceptionnel, une institution anormale qui ne semble pas pouvoir être étendue ; l'article 1408 n'organise formellement cette faveur qu'au profit de la femme mariée en communauté : il est enclavé dans toute une série de

textes relatifs à ce régime. N'est-ce pas aller contre sa volonté implicite que d'autoriser la femme à se prévaloir de cet article, lorsqu'elle a adopté un régime différent ? On ajoute qu'en élargissant la portée de ce texte, on en dénature le caractère ; lorsque la femme se décide à prendre pour elle l'acquisition, elle exerce le retrait sur la communauté ; la loi indique formellement que c'est sur le patrimoine commun que portera le retrait. Or, sous les régimes de séparation des intérêts, le retrait ne pourrait s'exercer que sur les propres du mari, contrairement aux termes de l'article 1408. (Laurent, tome XXI, n° 334 ; Delom de Mezerac, *Du retrait d'indivision*, thèse, Paris, 1886, p. 196 et s. ; Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, n° 122 ; *Répertoire général de la pratique du notariat*, Revue Belge, 1902, p. 129 et s. Bellot des Minières, t. IV, p. 143 ; Odier, *Traité du contrat de mariage*, t. III, n° 1309. Tribunal civil, Toulouse, 27 janvier 1894. S. 96, 2. 53). Mais l'opinion générale est aujourd'hui que l'opération qualifiée de retrait d'indivision n'est pas réservée seulement à la femme mariée en communauté, et qu'elle peut user de ce privilège sous le régime exclusif de communauté ou sous le régime dotal. On tire en ce sens un argument des traditions historiques ; la disposition de l'article 1408, alinéa 2, vient du droit romain (Loi 78, *De jure dotium*) ; l'institution issue du droit romain s'était appliquée au régime dotal dans les pays de droit écrit, et, de là était passée dans les provinces coutumières. Il y a là une raison historique d'une grande puissance pour démontrer que cette insti-

tution n'est pas nécessairement liée au régime de la communauté ; or, lorsque les législateurs français votèrent, lors de la préparation du Code civil, le maintien du régime dotal, ils entendirent en respecter les règles caractéristiques, donc conserver le retrait d'indivision qui était au nombre de ses règles (Baudry, Le Courtois et Surville, tome I, n° 449 ; Troplong, tome I, n° 687 et s. ; Rodière et Pont, t. I, n° 620 ; Guillouard, t. II, n° 546 ; Aubry et Rau, t. V, p. 595, § 537 ; Cass., 1^{er} mai 1860, S. 61, 1. 785. D. 60, 1. 511 ; Toulouse, 24 janvier 1835, S. 35, 2. 383 ; Riom, 10 février 1836, S. 36, 2. 186 ; Riom, 20 mai 1839, S. 39, 2. 513 ; Riom, 29 mai 1843, S. 44, 2. 243 ; Riom, 15 novembre 1869, S. 70, 2. 39 ; Lyon, 20 juillet 1843, S. 44, 2. 319 ; Grenoble, 18 août 1854, S. 55, 2. 91. D. 56, 2. 61 ; Cass., 17 février 1886, S. 86, 1. 161. Dans la note qu'il a publiée au Sirey, 96, 2. 53, M. Wahl se prononce, contrairement au jugement de Toulouse précité, dans le sens de l'extension). Et en effet, le législateur aurait manqué à son rôle de protecteur des droits de la femme si l'article 1408 devait être compris comme se référant uniquement au régime de communauté. D'ailleurs nulle part, dans les travaux préparatoires, on ne trouve la trace d'une intention exprimée par les rédacteurs de priver le régime dotal de l'application de l'article 1408, alinéa 2. C'est parce que l'organisation de la communauté a été discutée la première, dans l'ordre chronologique, que les termes de l'article 1408 se réfèrent exclusivement à ce régime.

II. — A QUELLES CONDITIONS LA FEMME PEUT-ELLE EXERCER
LE DROIT D'OPTION QUE LUI ACCORDE L'ARTICLE 1408, ALINÉA 2 ?

Pour qu'il y ait lieu au retrait d'indivision, deux conditions sont nécessaires. Il faut : 1° que l'acquisition ait été faite par le mari, la femme y étant restée étrangère ; 2° que l'acquisition faite par le mari soit de nature à constituer un conquêt.

Première condition : il faut que le mari se soit rendu acquéreur personnellement et sans le concours de l'épouse, de tout ou partie de l'immeuble dont celle-ci possédait en propre une part indivise. L'article 1408 exige que le mari ait figuré dans le contrat seul et en son nom personnel ; dès lors, l'épouse doit avoir été étrangère à l'acquisition, sinon l'achat serait irrévocablement pour elle, en vertu du premier alinéa de l'article 1408 ; le bien acquis lui serait propre ab initio et d'une façon définitive ; mais la déclaration faite par le mari qu'il procède à l'acquisition au nom de la communauté laisserait bien entendu à la femme la faculté de retrait (Rodière et Pont, n° 1627 et s. ; Aubry et Rau, tome V, § 507, p. 312 ; Guillouard, tome II, n° 531 et s. ; Baudry, le Courtois et Surville, tome I, n° 447). Toutefois, la présence de la femme au contrat par lequel le mari achète portion de l'immeuble dont sa femme était propriétaire par indivis n'enlève pas nécessairement à celle-ci le droit d'exercer le retrait d'indivision, quand il est

possible de l'expliquer autrement que comme une participation directe à l'acte d'acquisition, (Lyon, 20 juillet 1843, S. 44, 2. 197). Enfin, il va de soi que la faculté de retrait n'appartient jamais au mari, alors même que la femme aurait acquis une portion d'un immeuble dont celui-ci avait la propriété indivise (Rodière et Pont, n° 631; Guillouard, tome II, n° 549; Bourcart, note sous Pau, 9 déc. 89, S. 91, 2. 49). Dans la pratique, cette première condition peut donner lieu à des difficultés. Si le mari a déclaré formellement qu'il acquerrait en son nom, il se place incontestablement sous l'empire du texte. — Si la femme a réalisé l'acquisition conjointement avec son mari, déclarant expressément que l'opération est faite pour le compte de la communauté, l'immeuble devient un conquêt. En effet, par son concours à l'acte, la femme s'est placée sans doute dans l'hypothèse prévue par l'article 1408, § 1. Mais la déclaration qu'elle a faite ne peut être interprétée que comme une renonciation immédiate au bénéfice du retrait ayant pour résultat de transférer définitivement l'immeuble dans l'actif commun. Si l'acquisition est faite conjointement par les deux époux, sans aucune déclaration semblable par la femme, celle-ci conserve la faculté de retrait (Caen, 27 février 1837, S. 38, 2. 134; Amiens, 3 juin 1847, S. 48, 2. 673; Pau, 27 juillet 1885, S. 87, 2. 84; Rodière et Pont, tome I, n° 598; Aubry et Rau, tome V, § 507, page 312; Guillouard, tome II, n° 524). La Cour de Nancy a donné la même solution pour le cas où l'acte d'acquisition portait qu'elle était faite tant par le mari que par la femme (18 mai

1838, D. 39, 2. 18). Sur tous ces points, il n'y a pas de difficulté sérieuse. Mais il est possible que le mari ait figuré seul au contrat par lequel le copropriétaire de sa femme lui vend sa part. Si la preuve est rapportée d'un mandat, même tacite, donné par la femme au mari, l'acquisition est faite pour celle-ci, c'est le premier alinéa de l'article 1408 qui s'applique et la femme n'a pas d'option à exercer. D'autre part les arrêts précités montrent que la jurisprudence admet facilement une présomption de mandat tacite résultant du concours de la femme à l'acquisition. Seulement que décider, quand le mari a déclaré agir, comme seule partie au contrat, au compte de sa femme, bien qu'il n'ait reçu d'elle aucun mandat formel ? Troplong décide que cette déclaration suffit pour lier la femme, que l'accroissement de propriété s'acquiert au profit de celle-ci, en vertu de l'article 1408, premier alinéa, et qu'elle ne possède plus de droit d'option (*Du contrat de mariage*, n° 672). En effet, dit ce jurisconsulte, la femme n'est plus dans le cas prévu par l'article 1408, alinéa 2 ; le mari n'a pas acheté seul et en son nom personnel ; il a réalisé l'acquisition pour le compte de celle-ci et le silence de l'épouse équivaut à une adhésion. Mais une telle doctrine irait directement contre le but de la loi, car il suffirait au mari de déclarer qu'il acquiert au nom de sa femme pour lui imposer par cette déclaration une acquisition qu'elle ne jugerait pas opportun d'accepter (Aubry et Rau, loc. cit. p. 313, note 97). Aussi reconnaît-on, en général, que la femme ne peut être privée de son droit d'option que quand il y a mandat de sa part ; seu-

lement, quand le mari parle au nom de sa femme, stipule dans l'intérêt de celle-ci, le mandat de la femme doit être présumé conformément à la tradition historique romaine et parce que le mari est de droit le mandataire légal de l'épouse (Cass. Civ. 2 décembre 1867, S. 68, 1. 161; 17 février 1886, S. 86, 1.161; Nancy, 18 mai 1838, D. 39, 2. 18). Ce sera donc à la femme de fournir la preuve contraire, si elle veut échapper à une acquisition inopportune. Cette possibilité de la preuve contraire est assurément une atténuation aux inconvénients découlant de la présomption de mandat tacite conféré au mari. La situation créée à la femme par cette situation n'en est pas moins très grave, puisqu'elle lui impose le fardeau de la preuve. Il serait bien plus logique que la femme ne pût perdre le droit d'option que moyennant la démonstration par le mari d'un mandat, au moins tacite, reçu de l'épouse. La jurisprudence déduit ainsi de l'idée que l'article 1408 § 2, s'analyse en un retrait des conséquences assurément préjudiciables à la femme; il semble qu'avec la notion de gestion d'affaires, il serait possible d'aboutir à des résultats plus satisfaisants. Dans les cas où l'attitude du mari serait ambiguë, la ratification serait en effet nécessaire, pour que l'immeuble formât définitivement un bien propre à la femme. Gérant d'affaires pour sa femme, le mari a pu stipuler uniquement au nom de celle-ci et convenir qu'à défaut de ratification, l'acquisition serait nulle et non avenue. Alors, si la femme ne ratifie pas, elle n'est engagée à rien et l'acte est inopérant. — On doit reconnaître toute-

fois que la supériorité du système de la gestion d'affaires ici est plus théorique que pratique, car les tiers auront presque toujours exigé du mari qu'il s'engage à prendre l'acquisition pour lui à défaut de ratification par la femme.

En tous cas, ce qui importe, c'est de ménager à la femme la protection que la loi lui accorde et, lorsqu'il n'y a ni concours de la femme à l'acte d'acquisition, ni mandat conféré par elle au mari, il n'y a place qu'à l'application intégrale de l'article 1408, alinéa 2 : toutes les fois que le mari a, d'une façon principale ou subsidiaire, acquis l'immeuble pour son compte personnel, la femme doit bénéficier de la faculté d'option.

Quand l'acquisition a été faite dans ces conditions par le mari, la femme ne pourra exercer le retrait que si elle était réellement propriétaire par indivis de tout ou partie de l'immeuble. C'est d'un droit de propriété qu'il s'agit ; il ne suffirait pas que la femme possédât un droit réel d'une autre nature ; par exemple, usufruitière ou usagère de l'immeuble, elle ne pourrait invoquer le bénéfice de l'article 1408, alinéa 2, car il n'y a pas, dans ce cas, d'indivision avec le propriétaire. Par conséquent, si le mari acquiert une forêt sur laquelle l'épouse ne possédait qu'un simple droit d'usage, elle n'aurait pas la faculté d'exercer le retrait contre son mari pour l'immeuble acquis par lui, et la communauté profiterait de l'acquisition (Montpellier, 9 janvier 1854, S. 54, 2, 662. « Considérant, quant à la demande subsidiaire tendant à l'exercice du retrait d'indivision, que d'après les anciens principes remontant à la

loi 78 ff. *De jure dot...*, comme d'après l'article 1408 cod. Nap.. ce retrait ne saurait avoir lieu que lorsque la femme se trouve copropriétaire d'immeubles par indivis avec des tiers dont les parts et les portions sont achetées par le mari ;

Considérant qu'un simple droit d'usage n'équivaut pas à un droit de copropriété immobilière, qu'en admettant qu'il fut susceptible d'être converti en cantonnement, tant que ce cantonnement n'a pas été effectué et réalisé, il ne saurait rendre l'usager copropriétaire et autoriser le retrait d'indivision. Considérant..... par ces motifs rejette... » Le retrait ne serait possible, dans cette hypothèse, que si, par l'effet d'un cantonnement, le droit d'usage avait été transformé en un droit de propriété portant non sur telle partie du fonds, mais sur une part indivise (Rodière et Pont, tome I, n° 624 ; Guillouard, tome II, n° 544.)

Mais du moment que la femme est propriétaire par indivis, peu importe la quotité de la part qu'elle possède dans l'indivision ; quelque minime que soit cette part, la condition exigée pour l'application de l'article 1408 est satisfaite (Guillouard, tome II, n° 544 ; Baudry, Le Courtois et Surville, tome I, n° 448.)

Il n'y a pas lieu de s'arrêter davantage à la date où a commencé l'indivision ; que son origine soit antérieure ou postérieure au mariage, la femme aura son droit d'option. Il y a cependant des auteurs qui ont soutenu que l'article 1408, alinéa 2, était applicable uniquement au cas où l'indivision a pris naissance avant le mariage (Toullier,

Droit civil français, tome XII, n° 165; Odier, *Traité du contrat de mariage*, 1847, tome I, n° 133.) Mais aucune condition de ce genre n'est inscrite dans l'article 1408. Donc, du moment où il y a indivision, la femme est protégée par la règle de l'article 1408, alinéa 2; mais il est nécessaire que l'indivision se prolonge jusqu'au jour où le mari procède à l'acquisition. Si un partage avait déjà délimité les droits de chacun, on serait en face de plusieurs immeubles auxquels l'article 1408 demeurerait étranger.

Il n'est pas nécessaire davantage, pour que la femme ait droit à l'option, que le mari se porte acquéreur de toutes les parts revenant au copropriétaire de la femme. Le texte prévoit nettement l'hypothèse où le mari a acquis la totalité ou une portion de l'immeuble et non pas forcément les portions de tous les coindivisaires.

Une question discutée est celle de savoir si l'article 1408, alinéa 2, ne concerne que les acquisitions d'immeubles corporels; incontestablement, le retrait d'indivision n'existe pas en matière mobilière pour les droits indivis qui seraient propres à la femme (Baudry, *Le Courtois et Surville*, tome I, n° 448); il est regrettable que les garanties instituées par le législateur, en matière immobilière, n'aient pas été étendues par analogie aux meubles importants, au cas, par exemple, où la femme serait copropriétaire par indivis d'un fonds de commerce qu'elle aurait conservé propre. Mais le texte est formel, et les rédacteurs du code n'ont prévu que l'acquisition des immeubles, sans doute

en raison de la minime importance des meubles, au début du XIX^e siècle.

Mais le retrait d'indivision est-il possible au profit de la femme, quand le mari a acquis une part indivise dans des droits immobiliers et non plus dans un immeuble déterminé? L'hypothèse est celle où une femme est appelée à une succession qui se compose uniquement d'immeubles, ou même qui comprend des meubles et des immeubles. En supposant qu'elle soit fondée pour moitié dans la succession et que la moitié revenant à son cohéritier soit achetée par le mari pour le compte de la communauté, la femme a-t-elle le droit de reprendre sur la masse commune les portions d'immeuble comprises dans l'acquisition réalisée par le mari? Certains auteurs ont soutenu que la règle exceptionnelle de l'article 1408, alinéa 2, ne pouvait pas être étendue à cette hypothèse (Rodière et Pont, tome I, n° 627; Laurent, tome XXI, n° 331.) Il ont affirmé qu'une semblable interprétation du texte était de nature à sacrifier à la femme les intérêts de la communauté et du mari; en effet, dit-on, une acquisition de droits successifs est toujours plus ou moins aléatoire; l'acquéreur, insuffisamment renseigné sur l'importance de la succession, sur les charges qui la grèvent, tient compte de ce risque pour la fixation du prix; or la femme attendra évidemment le résultat de la liquidation pour prendre un parti et elle n'exercera le retrait que s'il lui est avantageux; elle aurait ainsi la ressource de prendre la place de la communauté, alors que toute menace d'aléa aurait disparu. Puis les

partisans de cette opinion, interprètes littéraux de l'article 1408, alinéa 2, résistent contre l'extension du mot « immeuble » aux droits incorporels immobiliers. (Voir Odier, tome I, n° 136.) Mais la jurisprudence, avec raison, a fait justice de cette argumentation littérale et étroite, et elle décide que le droit de retrait est applicable à l'acquisition faite par le mari de droits successifs immobiliers dans lesquels la femme est fondée pour une portion indivise; il n'y a pas à distinguer selon que l'opération porte sur un immeuble déterminé ou sur des droits immobiliers. L'expression d'« immeubles » employée par l'article 1408 comprend les droits immobiliers (art. 529). Au surplus, les motifs qui militent pour la protection de la femme gardent toute leur force, et l'on ne voit pas pourquoi l'épouse aurait moins de garantie dans le cas où le mari se porte cessionnaire de la part d'un des cohéritiers de la femme dans une succession immobilière. Telle était, d'ailleurs, la tradition des pays de droit écrit; le Parlement de Toulouse notamment reconnaissait à la femme le droit de se prévaloir de la loi 78, *De jure dotium*, à propos d'une acquisition de droits successifs faite par son mari (Amiens, 3 juin 1847, S. 48, 2. 673; 22 juin 1848, S. 48, 2. 675; Pau, 28 juin 1869, S. 78, 2. 334; Montpellier, 5 avril 1870, S. 70, 2. 238; Troplong, n° 676; Aubry et Rau, tome V, par. 507, p. 312; Guillouard, tome II, n° 256 et 541; Baudry, Le Courtois et Surville, tome I, n° 448.) La jurisprudence donne la même décision pour le cas où l'acquisition comprendrait aussi certains

meubles, si ceux-ci n'y figurent que comme accessoires (Montpellier, 5 avril 1870 précité; rapprocher Cass. 18 février 1908, D. 08, 1. 529; mais cet arrêt concerne le fonctionnement du premier alinéa de l'article 1408. On ne peut guère citer en sens contraire que Bastia (5 février 1890, S. 90, 2. 136), et Toulouse (27 janvier 1890, S. 96, 2. 53.)

Deuxième condition : l'application de l'article 1408, alinéa 2, suppose que l'acquisition faite par le mari n'est pas de nature à constituer un propre à son profit ; il ne suffit donc pas que le mari acquière tout ou partie d'un immeuble ou de droits immobiliers, ni qu'il agisse en son nom personnel ; il faut que l'acquisition soit de nature à imprimer au bien le caractère de conquêt. C'est en effet exclusivement sur les conquêts que la femme peut exercer le retrait d'indivision ; la femme ne peut donc invoquer la faculté d'option que si l'acquisition a eu lieu à titre onéreux. Si le mari était devenu propriétaire par legs ou donation de la part des copropriétaires de la femme, il se serait enrichi d'un bien propre aux termes de l'article 1405, et la femme ne saurait l'en dépouiller (Rodière et Pont, tome 1, n° 626 ; Guillouard, tome 2, n° 540 ; Baudry, Le Courtois et Surville, tome 1, n° 448.) Les motifs de l'article 1408, alinéa 2 se trouvent d'ailleurs en défaut, (il n'y a plus d'abus de pouvoir à prévenir), lorsque le mari acquiert à titre gratuit ; en outre, l'article 1408 impose à la femme qui exerce son option le remboursement du prix d'acquisition. L'immeuble donné ou légué au mari formera pour lui un propre ; ce

propre excluera le retrait d'indivision ; mais le retrait ne serait pas davantage possible si le donateur ou le testateur avait spécifié que sa libéralité irait à la communauté. Seules les acquisitions à titre onéreux donnent ouverture au retrait d'indivision.

Mais, dès qu'elle est à titre onéreux, l'acquisition, quelle que soit la forme de l'acte qui l'a réalisée, est passible de la faculté d'option au bénéfice de la femme. Peu importe donc la nature du titre en vertu duquel le mari a acquis l'immeuble ; la femme pourrait notamment exercer le retrait sur un immeuble provenant au mari d'une adjudication, sur saisie immobilière prononcée à son bénéfice personnel. Un arrêt de la Cour de Bordeaux a cependant refusé d'admettre le retrait d'indivision, quand le mari s'est rendu adjudicataire, à la suite d'une procédure de saisie immobilière dirigée contre des héritiers au nombre desquels se trouvait la femme. Voici l'argumentation sur laquelle se fonde la Cour de Bordeaux (arrêt du 10 août 1870, S. 71, 2. 31 ; D. 71, 2. 53) : l'article 711 du code de procédure interdit au saisi de se porter adjudicataire ; dès lors, la femme qui figurait au nombre des parties saisies, ne pouvait se porter adjudicataire ni personnellement ni par l'intermédiaire d'un tiers. Or, le droit d'option de l'article 1408 alinéa 2, reposant sur l'idée que le mari a agi au nom et pour le compte de sa femme, l'exercice de ce droit d'option aboutirait dans l'espèce, à permettre à la femme de se rendre adjudicataire par l'intermédiaire de son mari, ce qui serait contraire à la règle de l'article 711. L'opinion des

auteurs est généralement contraire à cette décision ; ils admettent que la faculté de retrait appartient à la femme, même quand c'est à la suite d'une adjudication sur saisie immobilière que le mari s'est rendu acquéreur de tout ou partie des immeubles appartenant à la femme ; en effet, l'article 711 s'explique par l'intérêt des créanciers à qui il importe que l'adjudicataire soit solvable et ne se propose pas de prolonger ou de déjouer les poursuites ; mais, lorsque c'est le mari qui se porte adjudicataire, les créanciers ne sont exposés à aucun danger particulier. L'exercice par la femme de la faculté d'option n'a pas pour effet de transformer le mari en prête-nom (Rodière et Pont, tome 1, n° 615. Aubry et Rau, tome 5, § 507, p. 511 ; Colmet de Santerre, *Cours analytique de code civil*, tome VI, n° 36 bis ; Guillouard, tome II, n° 543 ; Baudry, Le Courtois et Surville, tome I, n° 448).

Malgré la règle d'après laquelle la faculté d'option est possible contre toute acquisition réalisée à titre onéreux par le mari d'un immeuble, dont la femme était propriétaire par indivis, l'article 1408, alinéa 2, perdrait son empire vis-à-vis des acquisitions à titre onéreux qui aboutiraient exceptionnellement à constituer un propre au profit du mari. Nous faisons allusion à des hypothèses assurément peu pratiques : ce serait d'abord le cas où le mari, la femme et un étranger se trouveraient copropriétaires d'un même immeuble. Si le mari se porte acquéreur de la part du copropriétaire étranger, ou adjudicataire de l'immeuble entier, les portions acquises par lui viennent,

en vertu de l'article 1408, alinéa 1, s'adjoindre à la fraction qu'il possédait déjà en propre et la femme ne saurait émettre la prétention de l'exproprier (Rodière et Pont, tome I, n° 626). On pourrait encore supposer un échange, opéré par le mari, d'un immeuble qui lui appartenait en propre contre la part indivise du copropriétaire de la femme ; ou bien il a acquis cette part avec des deniers provenant de l'aliénation de l'un de ses propres, et il avait inséré dans le contrat de mariage une déclaration de remploi qui est rappelée dans l'acte. Alors se trouveraient réunies les conditions exigées soit par l'article 1407, soit par l'article 1434 pour que le bien acquis dans ces conditions appartienne en propre au mari, et la femme ne serait pas admise à prétendre bénéficier de l'acquisition. D'ailleurs, dans ces deux hypothèses, le mari se prévaut d'un intérêt sérieux contre lequel il n'existe pas de motif de faire prévaloir l'intérêt de la femme.

Il convient enfin d'ajouter que si le mari et le coindivisaire avaient, par fraude, qualifié de libéralité l'acte transférant l'immeuble au mari, il appartiendrait à la femme de prouver la fraude en vue d'exercer la faculté d'option de l'article 1408, alinéa 2.

CHAPITRE IV.

PAR QUI PEUT ÊTRE EXERCÉ LE DROIT D'OPTION ET A QUELLE ÉPOQUE?

I. — PAR QUI?

Le droit d'option inscrit dans l'article 1408, alinéa 2, c'est-à-dire la faculté de retirer l'immeuble acheté par le mari ou, au contraire, de le laisser à la communauté, appartient à la femme, et, en principe, à la femme seule ; à la différence de l'article 1408, alinéa 1, qui est commun aux deux époux, l'article 1408, alinéa 2, est spécial à l'épouse et ne saurait être invoqué par le mari. Ainsi, en supposant que la femme, dûment autorisée, se soit portée adjudicataire sur licitation de tout ou partie d'un immeuble dont le mari possédait une part indivise, l'immeuble ou les portions acquises par la femme tomberont en communauté, et le mari ne possèdera pas le droit d'option résultant de l'article 1408, alinéa 2.

Toutefois, dans cette hypothèse, il y a des auteurs qui estiment que l'immeuble ne pourrait devenir commun qu'à concurrence seulement des parts dont le mari n'était pas

copropriétaire ; en d'autres termes, l'adjudication serait nulle relativement à la part du mari, en vertu de l'interdiction des ventes entre époux formulée par l'article 1595. (Laurent, tome XXI, p. 374, Colmet de Santerre, tome VI, n° 37 *bis*, XVI).

Si la femme meurt sans avoir pris parti, le droit d'option passe-t-il à ses héritiers ? La réponse à cette question ne saurait faire de doute ; tous les auteurs sont unanimes à admettre l'affirmative (Troplong, tome I, n° 677 ; Rodière et Pont, tome I, n° 632 ; Aubry et Rau, tome V, § 507, p. 313 ; Guillouard, tome II, n° 547 ; Baudry, Le Courtois et Surville, tome I, n° 456). Par conséquent, les héritiers légitimes, les successeurs irréguliers, les légataires universels de la femme, posséderont indistinctement le droit de se prévaloir de l'article 1408 alinéa 2, mais non les créanciers du chef de ces héritiers ; (Riom, 12 décembre 88, S. 91, 2. 85).

On s'est demandé, toutefois, si le mari succédant à sa femme, soit en vertu de l'article 767 (à défaut d'héritiers jusqu'au douzième degré) soit à titre de légataire universel, peut invoquer le droit d'option. La question a été posée par MM. Rodière et Pont (tome I, n° 632) qui lui déniaient cette faculté. On aperçoit, en effet, le motif pour lequel ce droit ne saurait être reconnu au mari ; c'est l'application d'un principe général, en vertu duquel le mari ne saurait user d'un droit qui a été établi contre lui ; ainsi, disent les auteurs dans le cas où il serait légataire universel de sa femme, et où il serait porté à renoncer à la communauté

pour se soustraire à la perception des droits de mutation par décès, la renonciation lui est interdite du chef même de la femme. Par analogie, ajoutent MM. Rodière et Pont, le mari ne saurait revendiquer pour lui directement ou indirectement la faculté d'option ; car, en définitive, c'est lui qui, en qualité de chef de la communauté, a réalisé l'acquisition, et il ne saurait se dérober aux conséquences de ses actes (Cf. pour l'impossibilité, en ce qui concerne le mari héritier ou légataire de sa femme, de renoncer du chef de celle-ci à la communauté, Cass. 9 mars 1842, S. 42, 1. 193). D'ailleurs le mari n'aurait aucun intérêt à exercer le retrait ; il ne pourrait économiser ainsi une partie des droits de mutation par décès, car le bien, étant compris dans la communauté, ne supporte les droits de succession que sur la moitié transmise au mari ; tandis qu'il les acquitterait sur la totalité, si c'était un propre de la femme. — Nous croyons toutefois que, là où le mari aurait un intérêt, la renonciation, du chef de la femme, lui serait permise. (V. p. 102.)

Transmissible aux héritiers de la femme, la faculté d'option passe-t-elle à ses créanciers, si la femme néglige de l'exercer ? On sait qu'aux termes de l'article 1166, les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leurs débiteurs, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne. Le droit d'option serait-il une de ses facultés exclusivement attachées à la personne, échappant aux créanciers ? On l'a soutenu (Troplong, t. I, n° 677 ; Odier, n° 143 ; Laurent, t. XVI, n° 428).

Dans cette opinion, on affirme que l'option de l'article 1408, alinéa 2, est un privilège destiné à garantir l'épouse contre l'abus d'influence du mari ; c'est un privilège exorbitant, puisqu'il consiste dans une faculté d'option ou de retrait. Or, dit-on, les retraits présentent un caractère absolument personnel ; il en était ainsi dès l'ancien droit : les créanciers ne pouvaient exercer aux lieu et place de leur débiteur le retrait lignager ; et, encore aujourd'hui, l'exercice du retrait successoral, maintenu par l'article 841, n'appartient pas davantage aux créanciers du cohéritier. On ne peut pas donner une solution différente pour le retrait d'indivision : c'est une prérogative étroitement attachée à la personne de la femme. D'ailleurs, l'exercice de cette faculté suppose, de la part de l'épouse, une appréciation nettement personnelle, que personne ne saurait formuler à sa place ; (en ce sens : Cass., 14 juillet 1834, S. 34, 1. 533, 8 mars 1837, S. 37, 1. 331 ; Riom, 10 février 1836, S. 36, 2. 186 ; Trib. Civ., Lyon, 26 avril 1893, sous Cass., 5 juin 1896, D. 98, 1. 68).

Il nous semble, au contraire, que la faculté d'option présentant un caractère manifestement pécuniaire, appartient à la catégorie des droits que les créanciers peuvent exercer en cas de négligence de leur débiteur. L'assimilation faite avec le retrait lignager ou avec le retrait successoral n'est pas fondée ; les deux catégories de retraits diffèrent profondément par leur destination. Le retrait lignager avait été institué en vue de sauvegarder un

intérêt d'ordre moral ; il avait pour but la conservation des biens dans les familles ; or ce but ne pouvait être atteint que si le retrait était exercé par celui et au profit de celui auquel il était accordé. Imaginé en vue de conserver la situation de fortune et l'importance sociale d'une famille, le retrait aurait été détourné de son but si les créanciers du lignager avaient été autorisés à l'exercer afin de pouvoir saisir les biens en provenant et de les comprendre dans leur gage. De même, le motif pour lequel est institué le retrait successoral, c'est de permettre aux héritiers d'écarter les étrangers du partage et de les empêcher de s'immiscer dans les secrets de famille. Aucun droit ne saurait être plus personnel ; aussi les créanciers ne peuvent l'exercer du chef de leur débiteur, (Planiol, *Traité de droit civil*, 5^me éd., t. III, n° 2450). Mais le retrait d'indivision présente un tout autre caractère ; il a un objet exclusivement pécuniaire : il est institué pour permettre à la femme de réaliser une acquisition qu'elle estime avantageuse, ou de s'en abstenir, si l'opération lui paraît mauvaise. Le motif de l'article 1408, alinéa 2, c'est la garantie des intérêts pécuniaires de l'épouse. Du moment que cette faculté a un caractère essentiellement pécuniaire, on n'aperçoit pas pour quelle raison les créanciers de l'épouse ne seraient pas qualifiés pour l'exercer dans les conditions de l'article 1466. Les créanciers sont portés, par leur intérêt personnel, à défendre le mieux possible le patrimoine de leur débiteur, et ils seront aussi bons juges que la femme de la question de savoir si l'acquisition est

avantageuse à prendre ou s'il vaut mieux la laisser à la communauté. Il n'est donc pas nécessaire que la faculté d'option soit exercée par la femme elle-même pour produire tous les effets utiles que le législateur en attend. Il n'est pas exact d'objecter que l'intervention des créanciers est de nature à nuire à la liberté de la femme ; ils ne sont admis à agir qu'à son défaut ; ainsi les créanciers peuvent être écartés si l'épouse déclare formellement ne pas vouloir de l'immeuble. Enfin, dire que l'option constitue un privilège pour la femme, et que les privilèges sont personnels, n'est pas un meilleur argument ; les créanciers ne sont pas toujours exclus du droit de profiter des privilèges concédés à leur débiteur ; par exemple, sous le régime de la communauté, où la renonciation à la communauté et l'hypothèque légale de la femme sont assurément des privilèges, les créanciers sont autorisés à exercer ses droits ; (Rodière et Pont, t. I, n° 633 ; Aubry et Rau, tome IV, § 313, p. 129 ; Guillouard, t. II, n° 548 ; Baudry, Le Courtois et Surville, t. I, n° 446 ; Trib. civil, Toulouse, 27 janvier 1894, S. 96, 2. 53). Par conséquent, si la femme n'use pas de son droit d'option, les créanciers, après l'avoir mis en demeure, prendront un parti, et, suivant leur appréciation, retireront l'immeuble, ou l'abandonneront au contraire, à la communauté ; ils prendront l'immeuble, s'il a augmenté de valeur depuis l'acquisition réalisée par le mari et ils le comprendront alors dans la saisie qu'ils pratiqueront sur les biens de leur débitrice. Mais ce parti ne sera pas toujours le plus avantageux pour

eux ; ils considèreront quelquefois comme préférable de laisser l'immeuble à la communauté. Ce sera le cas, lorsqu'une diminution s'est produite dans la valeur de l'immeuble, qui, lors de la dissolution de la communauté, est notablement inférieure au prix d'acquisition déboursé par le mari. Comme la femme a droit à une récompense qui serait par exemple, de moitié du prix, si elle était fondée pour moitié dans l'immeuble acheté par le mari, les créanciers sauvegarderont donc plus efficacement leurs droits en opérant entre les mains du mari une saisie arrêt sur le montant de la récompense due à la femme, (en supposant que le mari est solvable).

Ainsi, non seulement la femme, mais ses héritiers et ses créanciers jouissent de la faculté d'option inscrite dans l'article 1408, alinéa 2.

Quant à la forme dans laquelle l'option doit intervenir, les textes ne prescrivent aucune condition, pour l'exercice de ce droit par la femme, ses héritiers ou ses créanciers. Il suffira que la volonté d'opérer le retrait soit clairement manifestée (Caen, 31 juillet 1858, S. 59, 2. 97). Eu supposant, par exemple, que les héritiers omettent de comprendre dans la déclaration de succession de la femme les biens qui lui appartenaient par indivis et qui ont été acquis par le mari en son nom personnel, un doute persisterait sur l'intention des héritiers quant à l'option. L'omission constatée peut être le résultat d'un oubli ; elle n'implique pas nécessairement une renonciation (*Contra* Trib. Civ. Toulouse, 27 janvier 1894 précité). Mais il est évident que

la femme ne pourrait plus exercer de retrait quand elle a ratifié la vente effectuée par le mari; et la volonté de renoncer au retrait est suffisamment exprimée par le concours de la femme à l'aliénation de l'immeuble consentie par le mari (Cass. 1^{re} mai 1860, S. 61, 1. 785 ; 26 janvier 1887, S. 90, 1. 293, D. 97, 1. 275; Rodière et Pont, n° 639; Guillouard, tome II, n° 554; Baudry, Le Courtois et Surville, tome I, n° 450).

II. — JUSQU'À QUEL MOMENT LA FEMME PEUT-ELLE EXERCER LA FACULTÉ D'OPTION QUE LUI ACCORDE L'ARTICLE 1408 ALINÉA 2?

La femme, d'après l'article 1408, lors de la dissolution de la communauté, a le choix d'abandonner l'effet ou de le retirer. Donc, la dissolution de la communauté est le moment qu'indique la loi comme étant celui où le retrait doit s'opérer. Si, à cette époque, le notaire liquidateur comprend l'immeuble dans la communauté et que la femme ne proteste pas, il y a option tacite de la part de celle-ci. Faut-il en conclure que la notification de cette option n'a pas besoin d'être adressée au mari? Suffit-il que la manifestation de volonté ait eu lieu, ou, au contraire, n'est-il pas nécessaire qu'elle soit accompagnée de la connaissance du choix de la femme par le mari? — Cette question présente de l'intérêt, d'abord au point de vue de l'irrévocabilité de l'option, puis pour la détermination du moment précis où l'option produira ses effets. Il semble que, lorsque les intérêts d'une tierce personne peuvent être touchés par un

acte juridique même unilatéral qui doit produire contre eux des effets légaux, l'acte, pour avoir toute sa valeur juridique et engendrer toutes ses conséquences, exige autre chose que la preuve d'une intention ; il faut que cette intention se soit manifestée sous une forme extérieure, et par un procédé qui soit de nature à la porter à la connaissance de l'intéressé. C'est donc, en principe, à la dissolution de la communauté que l'immeuble sera définitivement fixé dans ses conditions. Il semble résulter du texte que la femme n'aura pas le droit d'exercer son option avant la dissolution ; c'est ce qu'enseignent MM. Rodière et Pont, tome I, n° 634 ; Odier, tome I, n° 141 ; Arntz, tome III, n° 606. On peut citer dans le même sens Cass. 25 juillet 1844 (S. 44, 1. 614 ; Nancy, 9 juin 1854, S. 54, 2. 785 ; Rennes, 9 février 1891, S. 91, 2. 127, D. 91, 2. 174). D'après ces auteurs et ces arrêts, l'option faite prématurément par la femme, par exemple la renonciation, avant la dissolution de la communauté, à l'exercice de son droit, ne produirait aucun effet.

Ce système paraît, au premier abord, très sage. Ce que le législateur redoute, en effet, c'est l'influence du mari pendant le mariage, influence à laquelle est attribuée, par une présomption légale, soit la renonciation de la femme à se porter adjudicataire de l'immeuble, soit la décision prise par elle de faire cette acquisition. On a voulu éviter que le mari n'arrivât ainsi à imposer à la femme une acquisition désastreuse, ou ne réalisât à son détriment un marché avantageux. Grâce à l'influence qu'il exerce sur sa

femme, il la déterminera facilement à opter dans le sens de ses intérêts à lui. Cependant, à bien réfléchir, la solution préconisée par Rodière et Pont, Odier et Arntz, et adoptée aussi par la majorité des arrêts présente de graves inconvénients. Si le mari veut aliéner l'immeuble et que la femme n'ait pas le droit de renoncer à sa faculté de retrait, la vente que passerait le mari serait affectée d'une condition résolutoire qui la tiendrait en suspens jusqu'à la dissolution de la communauté. Jamais les tiers, même en obtenant le concours de la femme à l'aliénation, n'auraient une situation certaine. Car le concours de la femme à la vente devrait être considéré comme non avenu en tant qu'il emporterait renonciation à la faculté d'option ; ce serait rendre en fait l'immeuble à peu près inaliénable tant que dure le mariage. De plus, la crainte de l'influence du mari est plus apparente que réelle, du moins pour l'une des deux facultés que comprend l'option, pour celle qui concerne le retrait de l'immeuble au profit de la femme. La femme aurait pu, tout le monde en convient, valablement concourir elle-même à l'adjudication, donner mandat au mari d'acquérir pour son compte, ou même avec l'autorisation du mari conclure l'adjudication pour son compte et l'immeuble serait immédiatement et définitivement entré dans son patrimoine propre. Alors pourquoi déclarer nulle l'option faite prématurément ? pourquoi interdire à l'épouse de s'approprier l'immeuble par le retrait, lorsqu'il a été acquis par le mari ? D'ailleurs, pour être logiques, les partisans de

la négative, qui allèguent la lésion pouvant résulter d'une option prématurée au préjudice des intérêts de la femme, devraient reculer l'exercice du droit d'option non seulement jusqu'à la dissolution de la communauté, qui peut résulter d'une simple séparation de biens, mais jusqu'à la dissolution du mariage qui, seule, brise définitivement l'influence que l'un des époux peut exercer sur l'autre.

Aussi presque tous les auteurs permettent à la femme de retirer l'immeuble de la communauté pendant le mariage; mais ils ne se prononcent plus dans le même sens pour l'autre faculté, pour le droit que possède la femme d'abandonner l'immeuble à la communauté. C'est à ce point de vue que l'influence du mari est le plus suspectée. Puis, outre la crainte d'un abus de pouvoir possible de la part de l'époux, ou invoque un autre motif; si l'on accorde à la femme la faculté de renoncer, au profit du mari, à un bénéfice qu'elle tient de la loi, en devançant le délai qui a été établi dans son intérêt exclusif, cela revient à permettre à la femme, dit-on, puisqu'elle était propriétaire d'une part indivise, de consentir, en tant que copropriétaire, à la vente faite au mari. L'opération se ramènerait dès lors, dans cette mesure et pour cette part, à une vente entre époux; or la vente entre époux est défendue par l'article 1595; par suite, il est juridiquement impossible d'autoriser la femme à abandonner, durant la communauté, l'immeuble acheté par le mari.

Mais cette argumentation paraît inexacte. Elle prouve trop en effet, même si la femme ne renonce qu'après la

dissolution de la communauté, ce n'est pas du moment où elle abandonne ainsi l'immeuble que la vente prend date. Dans tous les cas, l'attribution de l'immeuble à la communauté datera du jour de l'adjudication. La loi n'a donc pas considéré qu'il pût y avoir là une vente entre époux, et avec raison. L'opération prévue par l'article 1408, alinéa 2, est un acte nécessaire comme le partage, et il importe que l'adjudication soit valable. En outre, l'argument invoqué par l'opinion adverse (Vigie, *Cours de droit civil français*, 3^e éd. 1905, n° 112), n'est susceptible de s'appliquer qu'à une seule hypothèse : celle où le mari s'est rendu adjudicataire sur licitation de la totalité de l'immeuble. Lorsqu'il a acquis seulement les fractions appartenant aux copropriétaires par indivis avec la femme, l'exercice du retrait ne pouvant viser que ces portions, l'article 1595 ne mettrait nullement obstacle à leur abandon par la femme à la communauté. Ce n'est donc pas pour cette raison que la femme peut être privée pendant le mariage de la faculté que lui accorde l'article 1408, alinéa 2.

Reste le premier motif : l'influence du mari pourrait déterminer la femme à abandonner à la communauté un immeuble de haute valeur. Mais d'abord, on peut répondre que le mari peut avoir autant d'intérêt à persuader la femme d'acquérir un immeuble dont la valeur a peut-être diminué depuis le jour de l'acquisition. En outre, il serait contradictoire d'autoriser la femme à exercer une branche de l'option qu'elle possède, sans lui accorder

également l'autre alternative. Ce serait détruire l'égalité entre les deux branches de son option et l'équilibre de son droit. D'ailleurs, c'est surtout à l'égard des tiers que la solution, permettant le retrait au profit de la femme, mais non pas l'abandon à la communauté, paraît singulièrement grave. La femme, redoutant l'éventualité d'une vente ultérieure par le mari, aura bien la faculté de prendre le bien pour elle et d'empêcher cette aliénation ; mais il lui serait interdit de la consolider, en faisant abandon de l'immeuble à la communauté. Or, disent MM. Baudry, Le Courtois et Surville (tome I, n° 452) pourquoi ne pas permettre à la femme de renoncer au retrait dans l'intérêt du tiers acquéreur ?

« Déclarer cette renonciation nulle, c'est dire que l'immeuble restera inaliénable pendant la communauté, c'est prétendre que le mari et la femme conjointement n'en pourront pas disposer. Or, cette solution est inadmissible. De deux choses l'une, en effet : ou bien l'immeuble est un conquêt que le mari peut aliéner, ou bien il est propre à la femme et cette dernière peut en disposer avec l'autorisation de son mari. Donc, l'aliénation consentie par les deux époux rend le tiers acquéreur irrévocablement propriétaire et le retrait est sans objet. » Par conséquent, interdire à l'épouse de consolider l'aliénation faite par le mari, par un abandon de ses droits à la communauté, c'est pratiquement obliger l'épouse, pour sortir de l'incertitude, à adopter le seul parti que son opinion lui accorde et à prendre l'immeuble pour elle, alors même

que cette opération serait désavantageuse. Autant dire avec MM. Baudry, Le Courtois et Surville, que c'est la vente même de l'immeuble qui est impossible. Ou plutôt elle ne serait possible qu'après un détour vraiment inacceptable : il faudrait que la femme commençât par exercer le retrait, et qu'ensuite elle procédât à la vente de l'immeuble avec le consentement du mari. On arriverait, de la sorte à permettre à la femme de renoncer à son action en résolution vis-à-vis des tiers. Si, par la suite, la femme exerçait le retrait à la dissolution de la communauté, ce retrait ne serait plus opposable aux tiers acquéreurs et n'aurait plus que la portée d'une question de règlement de compte entre la femme et son mari. Ce procédé s'impose, si l'on veut rendre possible la vente de l'immeuble gouverné par l'article 1408, alinéa 2. Mais alors, si l'on va jusque-là, pourquoi ne pas suivre la logique jusqu'au bout et ne pas autoriser la femme à renoncer à l'immeuble même en dehors de toute hypothèse de vente ?

Il faut choisir entre deux conceptions, en définitive : il faut considérer la communauté ou bien comme un régime d'isolement et de séparation des intérêts, susceptible d'aboutir, comme le régime dotal, à l'immobilisation des biens, ou, au contraire, comme un régime de collaboration qui permet, avec une entente commune des époux, la libre aliénation de leurs biens. Or, il est évident que le législateur s'est prononcé avec netteté : la communauté est un régime d'union des biens et il convient d'inter-

prêter les clauses qui s'y rattachent dans le sens de la liberté d'administration. Nous estimons donc que, sans distinction, la femme pourra exercer son choix dans les deux sens, dès avant la dissolution de la communauté ; et il serait normal d'induire sa volonté d'abandonner l'immeuble à la communauté de la seule circonstance qu'elle a concouru à l'aliénation faite de l'immeuble par son mari : cette solution s'impose en pratique ; elle est, d'ailleurs, très avantageuse pour la femme ; assurément, si la femme ne retire l'immeuble que lors de la dissolution de la communauté, elle le reprend avec effet rétroactif ; mais, comme l'a remarqué M. Colmet de Santerre, l'immeuble peut être entre les mains de tiers qui lui font subir des détériorations, lesquelles persisteront malgré l'effet rétroactif du retrait (tome VI, n° 37 bis, III). A l'inverse, si la femme abandonne l'immeuble à la communauté, elle sera créancière d'une reprise qui lui permettra, le cas échéant, de profiter d'une autre acquisition immobilière plus avantageuse. Ainsi la femme peut opter dès qu'elle y a intérêt. (Babinet, *Revue de droit français et étranger*, 1845, II, p. 702 ; Troplong, tome I, n° 679 ; Aubry et Rau, tome V, § 507, p. 314 et 315 ; Colmet de Santerre, *loc. cit.* ; Laurent, tome XXI, n°s 342 et 345 ; Guillouard, tome II, n°s 551 ; Baudry, Le Courtois et Surville, tome I, n° 451 et 452) ; par conséquent la femme pourra opter lorsque, au cours du mariage, des créanciers du mari poursuivent la vente de l'immeuble (Lyon, 20 juillet 1843, S. 44, 2, 319 ; — cf. dans le même sens Cass. civ., 26 janvier 1887,

S. 90, 1. 293 ; D. 87, 1. 275 : la femme peut renoncer au retrait, à tout moment, dans l'intérêt du tiers acquéreur).

Si les époux sont mariés sous un régime autre que la communauté, la question doit être résolue autrement ; s'ils ont adopté le régime dotal, et que le mari acquière sur licitation un immeuble dont la femme s'étaient constituée en dot une part indivise, pourra-t-elle exercer son option pendant le mariage ? Si on considère l'immeuble après l'exercice du retrait, comme dotal, par suite d'une sorte d'accession à la part indivise et dotale de la femme, celle-ci, en abandonnant l'immeuble, se dépouillerait d'une partie de sa dot ; et, en le prenant pour elle, elle aliénerait encore un droit dotal immobilier : le droit au retrait qui est né à l'occasion de sa dot ; elle ne pourra donc se prononcer en principe qu'à la dissolution du mariage ; toutefois, elle pourrait exercer le retrait même avant cette époque, si elle était dans la nécessité d'aliéner ses biens dotaux, avec les formalités imposées par le législateur, en vue d'établir ses enfants ; l'option de la femme pour ou contre le retrait serait alors indispensable pour permettre de déterminer l'étendue de sa dot. (Grenoble, 18 août 1854, S. 55, 2, 91 ; D. 56, 2. 61.) *Quant aux biens dotaux aliénables*, le droit d'option de l'épouse ne saurait être reporté à la dissolution du mariage : il n'y a pas, en effet, de dissolution de communauté à attendre ; la femme doit donc opter au moment où elle règle ses droits, c'est-à-dire immédiatement après l'acquisition, durant le mariage, (Cass. 26 janvier 1887, S. 90, 1. 293, D. 87, 1. 275).

Abstraction faite désormais du régime dotal, on peut se demander, lorsque la communauté est dissoute, dans quel délai le droit d'option doit être exercé. A cette époque, soit que la femme accepte la communauté, soit qu'elle y renonce, la femme peut être mise en demeure de prendre parti sans délai ; son option est, en effet, le préliminaire indispensable de la liquidation de la communauté et elle ne saurait entraver cette opération par un refus obstiné de prendre parti. Par conséquent, dès la dissolution de la communauté, le mari ou ses héritiers et ses ayants cause, tels que ses créanciers ou les tiers auxquels il aurait consenti des droits sur l'immeuble, peuvent mettre la femme, ou ses héritiers en demeure d'exercer leur option (Rodière et Pont, tome I, n° 636 ; Aubry et Rau, tome V, § 507, p. 315 ; Baudry, Le Courtois et Surville, tome I, n° 455). Si, malgré cette sommation, la femme refuse de faire son choix, le mari ou ses ayants cause s'adresseront aux juges qui la condamneront à opter dans un délai déterminé, sous peine d'être déchue du droit d'exercer le retrait.

Si la femme n'a pas opté pendant la communauté, elle a 30 ans pour se décider après cette dissolution de la communauté ; mais, le plus souvent, elle prendra parti tacitement ou expressément après cette dissolution. Il faut supposer l'absence de mise en demeure pour qu'elle conserve son droit d'option pendant 30 ans ; la prescription a pour point de départ le jour de la dissolution du régime de communauté. (Caen, 31 juillet 1858, S. 59, 2. 97 ; Aubry et Rau, tome V, § 507 ; Guillouard, tome II, n° 552 ; Baudry, Le

Courtois et Surville, tome I, n° 455). Si le silence de la femme se prolonge pendant 30 ans, quelle sera la condition de l'immeuble (hypothèse invraisemblable) ?

Avec la doctrine que nous avons adoptée sur le caractère juridique de l'option offerte à la femme par l'article 1408, alinéa 2, le mari, lors de son acquisition, ayant agi comme gérant d'affaire de la femme, nous sommes conduits à décider que, tant que la femme n'aura pas désapprouvé l'acte passé par son mari, l'immeuble acquis lui appartiendra en propre, et le silence gardé par elle pendant 30 ans lui attribuera définitivement ce caractère de bien propre. Au contraire, avec l'opinion opposée, le droit d'option de l'article 1408, alinéa 2, aboutit à considérer l'immeuble comme ayant été provisoirement compris dans la communauté; et le caractère de conquêt lui sera conservé tant que la femme n'aura pas usé de son droit de retrait. Dès lors, lorsque la prescription aura transformé cet état de fait en un état de droit, l'immeuble restera définitivement acquis à la communauté. Il convient d'observer d'ailleurs que la difficulté relative à la prescription ne se présente jamais dans la pratique, puisque aucune forme n'est imposée à la femme pour exercer son option et que celle-ci résultera d'une simple manifestation de volonté, même tacite, pourvu qu'elle soit certaine; il suffira qu'elle laisse figurer l'immeuble, à titre de conquêt, dans l'acte de liquidation-partage de la communauté, pour qu'elle soit considérée comme ayant pris parti. (Baudry, Le Courtois et Surville, tome I, n° 455).

Telles sont les difficultés que soulèvent les questions de savoir par qui, dans quelle forme et à quelle époque peut être exercée la faculté d'option inscrite dans l'article 1408, alinéa 2.

CHAPITRE V.

DES EFFETS PRODUITS PAR L'OPTION DE LA FEMME.

Avant d'examiner quels sont les effets de l'option exercée par la femme, il faut rechercher dans quelle mesure ce droit d'option appartient à la femme. L'épouse a le choix entre deux partis : laisser l'immeuble dans la communauté, sauf à réclamer le versement du prix qui doit lui revenir, ou, au contraire, le retirer de l'actif commun, en indemnisant la communauté du prix de l'acquisition. — Il n'y a pas de difficulté lorsque le mari s'est porté adjudicataire par licitation de la totalité de l'immeuble dont la femme était propriétaire par indivis ; mais il se peut que le mari se soit borné à acheter les parts indivises des copropriétaires de sa femme ; la question est alors de savoir si les droits de celle-ci demeurent les mêmes, c'est-à-dire si l'option continue néanmoins à porter sur l'immeuble tout entier. Nous distinguerons successivement les deux hypothèses.

Première hypothèse : le mari s'est porté acquéreur de l'immeuble entier, y compris la part indivise de la femme. — Dans l'impossibilité où ils étaient d'opérer commodément

un partage en nature de l'immeuble indivis, la femme et les autres propriétaires de l'immeuble ont procédé à une licitation. L'immeuble est vendu aux enchères, et le mari s'en porte adjudicataire en son nom personnel. Aucune difficulté ne s'élève relativement à l'acquisition des parts indivises, appartenant aux copropriétaires autres que la femme; elles entreront dans la communauté. Mais en sera-t-il de même de la part indivise que possédait la femme? Le doute pourrait surgir, en raison de la prohibition inscrite dans l'article 1593 C. civ., de la vente entre époux. A la rigueur, il faudrait en déduire la nullité de l'adjudication en tant qu'elle porte sur la part revenant à la femme, de sorte que le surplus seul de l'immeuble rentrerait dans la communauté, et le droit d'option se trouverait limité dans la même mesure. Mais il suffit de lire le texte de l'article 1408, alinéa 2 pour rejeter cette solution. La loi prévoit, en effet, en termes exprès l'hypothèse d'un retrait qui s'exerce sur la totalité de l'immeuble. On s'est demandé alors comment la faculté accordée par l'article 1408 alinéa 2 pouvait se concilier avec la règle établie par l'article 1595.

Pour certains auteurs, l'article 1408 alinéa 2 équivaldrait à une exception apportée au principe général de l'article 1595, (Colmet de Santerre, Tome VI, n° 37 *bis*, p. 84, 2° éd.; Laurent, Tome I, n° 340). En effet, disent ces auteurs, d'après le droit commun, la portion que la femme possédait dans l'immeuble lui demeurerait propre après comme avant la licitation. Par dérogation à ce droit

commun, l'acquisition faite par le mari est maintenue pour le tout, même relativement à la part de la femme ; seulement, le droit de propriété qui appartenait à celle-ci est remplacé dans son patrimoine par une faculté d'option qui porte sur cette part indivise comme sur les autres fractions de l'immeuble. Ainsi serait mise en échec la règle que la vente entre époux n'est pas possible pendant le mariage.

Il vaut mieux, semble-t-il, se rallier à une autre opinion, et admettre que l'article 1408 alinéa 2 ne consacre aucune dérogation à l'article 1595 ; les deux textes visent des hypothèses différentes. Ce que la loi s'est proposé d'interdire, dans l'article 1595, ce sont les cessions amiables entre époux, car rien ne garantit qu'elles ne dissimulent pas une libéralité, libéralité suspecte soit comme pouvant excéder le disponible, soit en raison de son caractère d'irrévocabilité (alors que les donations entre époux sont toujours révocables). Mais une adjudication, précédée de publicité, et admettant la concurrence, ne saurait donner prise à la même suspicion. Les conditions d'un semblable contrat, réglées par le cahier des charges, la possibilité des enchères, sont autant de motifs pour lesquels l'application de l'article 1595 ne se comprendrait plus. Le mari peut donc se rendre adjudicataire de la totalité de l'immeuble de la femme, sans être en contravention avec l'article 1595 (Aix, 27 avril 1809 ; Besançon 12 mars 1811, D., *Rép.*, v. *Vente publique d'immeubles*, n° 1635 ; Delom de Mézerac, Thèse, p. 117 ; Cézard-Bru, *Théorie et pratique des voies d'exécution*, II^e éd. 1909,

n° 307). Il n'y a donc aucune impossibilité pour que le mari se rende adjudicataire sur licitation de la totalité de l'immeuble qui appartient par indivis à la femme et à d'autres copropriétaires. Et il va de soi que, le droit d'option portant sur toute l'étendue de l'acquisition faite par le mari, la femme devra, dans cette hypothèse, prendre pour elle, ou, au contraire, laisser à la communauté la totalité de l'immeuble.

Deuxième hypothèse : le mari s'est borné à acheter les parts indivises des copropriétaires autres que la femme. — La question est alors de savoir si l'option de la femme pourra encore s'exercer sur la totalité de l'immeuble. Si la femme refuse de prendre pour son compte l'acquisition réalisée par le mari, que devra-t-elle abandonner à la communauté? Sera-ce l'immeuble tout entier ou seulement les parts acquises? — Certains auteurs, s'appuyant sur les termes suivants de l'article 1408 : « La femme a le choix ou d'abandonner l'effet à la communauté, laquelle devient alors débitrice envers la femme de la portion appartenant à celle-ci dans le prix, ou de retirer l'immeuble en remboursant à la communauté le prix de l'acquisition », ont soutenu que la femme, répudiant l'acquisition, devait toujours abandonner l'immeuble tout entier, y compris sa part non acquise par le mari, à la communauté (Troplong, tome I, n° 685; Duranton, *Cours de droit civil français*, tome XIV, n° 206; Babinet, *Revue de droit français et étranger*, 1845, tome II, p. 705). Ces auteurs invoquent la

nécessité, désirée par le législateur, de mettre fin à l'indivision ; une fois l'adoption exercée par la femme, il faut que l'immeuble se trouve tout entier compris dans un patrimoine, celui de la femme ou celui de la communauté. — Mais il serait singulier qu'une institution destinée à protéger la femme contre l'omnipotence, à lui permettre de consolider son droit de propriété, aboutît en fait à la dépouiller, puisqu'il y aurait un véritable retrait contre l'épouse au profit de la communauté. Le but même de l'article 1408, alinéa 2, ne serait pas atteint, et la situation de l'épouse se trouverait compromise par un contrat auquel cependant elle était restée étrangère. En réalité, on attache trop d'importance à la portée du mot « *effet* » employé dans l'article 1408 ; c'est là une expression vague qui ne se rapporte pas forcément à l'immeuble tout entier et qui désigne simplement « ce qui a été acheté par le mari. » D'ailleurs, la cessation de l'indivision, qu'on met au premier plan des préoccupations du législateur, ne serait pas toujours la conséquence d'une renonciation par la femme à la faculté de conserver l'immeuble pour elle ; il n'y aurait extinction de l'indivision que si l'abandon de la part indivise de la femme à la communauté avait été précédé de l'achat, effectué par le mari, des parts de tous les autres propriétaires. Enfin, comme le remarquent MM. Baudry, Le Courtois et Surville « quelles difficultés pratiques ! La communauté, dit-on, paiera la part indivise de l'épouse proportionnellement le même prix qu'elle a payé les autres. Et on ajoute que la femme ne peut pas se plaindre,

puisqu'elle n'aurait pas manqué de prendre le marché pour elle, si elle avait trouvé le prix trop faible. On pourrait répondre que l'épouse a pu trouver très peu élevé le prix payé à ses copropriétaires, mais n'avoir pas osé acheter faute d'argent. De plus, supposons que le mari ait payé les autres parts des prix différents : allons-nous donner à la femme un droit au taux le plus élevé ? Enfin la femme est-elle obligée de croire les énonciations des actes passés avec les autres copropriétaires ? Allons-nous être conduits à faire procéder à des expertises coûteuses ? » (tome I, n° 459). Pour tous ces motifs, il est beaucoup plus logique et plus équitable d'autoriser la femme à conserver la part qu'elle avait elle-même dans l'immeuble ; l'option se trouve, par la force même des choses, restreinte aux portions qui appartenaient par indivis aux autres copropriétaires, et ce sont ces portions que la femme a la faculté ou de réunir définitivement à la part qu'elle possède, ou d'abandonner à la communauté, sans pouvoir être forcée de céder ses droits propres. (Rodière et Pont, tome I, n° 643 ; Aubry et Rau, tome V, § 507, p. 313 ; Colmet de Santerre, tome VI, n° 37 *bis* ; Guillouard, tome II, n° 342 ; Baudry, Le Courtois et Surville, *loc. cit.*).

Cette difficulté résolue relativement au domaine précis de l'option de la femme, il reste désormais à examiner quels sont les effets du retrait de l'indivision. Le droit conféré à la femme par l'article 1408 consiste dans une faculté d'option ; elle peut laisser l'immeuble dans la communauté ou l'en retirer comme propre. Dans le premier

cas, elle a droit à une récompense, conformément aux principes généraux de la théorie des récompenses; dans le second cas, ce serait la femme qui devrait une récompense à la communauté. Mais, avant l'exercice de cette faculté d'option, quelle aura été, dans l'intervalle, la condition juridique de l'immeuble? Nous avons, par avance, répondu à cette question; l'immeuble, à notre avis, forme immédiatement un propre au profit de l'épouse. Il convient seulement d'insister sur certaines conséquences pratiques de cette idée, conséquences dont l'importance ne doit pas, d'ailleurs, être exagérée, en raison de la rétroactivité généralement admise de l'option exercée par la femme. Cette rétroactivité sera plus ou moins complète, mais elle s'appliquera toujours au moins aux droits constitués du chef du mari sur l'immeuble; par conséquent, même si l'on admet que l'immeuble tombe immédiatement dans la communauté, les hypothèques légales, conventionnelles ou judiciaires provenant du mari ne seront pas opposables à l'épouse, lorsque celle-ci déclarera prendre l'acquisition pour elle. D'autre part, dans la conception admettant que l'immeuble est immédiatement un propre, il devient moins difficile de soutenir que la femme est substituée au mari dans les effets du contrat passé par lui avec les autres copropriétaires; c'est, en effet, sur l'idée d'un mandat ou d'une gestion d'affaires que l'acquisition du bien a engendré dès le début un propre au profit de l'épouse. Le parti auquel s'arrête celle-ci en déclarant prendre l'immeuble pour elle est sans doute une ratification de l'opération

antérieurement conclue, mais uniquement dans ses rapports avec le mari, car nous verrons, par la suite, que si l'acquisition de l'immeuble par la femme s'explique par la ratification d'une gestion d'affaires, cette idée reçoit certaines restrictions, pages 83 et 90. La femme est donc fondée désormais à se considérer étrangère au contrat passé entre le mari et les tiers copropriétaires. Si, au contraire, on se prononce en faveur de l'attribution provisoire de l'immeuble à la communauté, on sera amené à en conclure que le contrat primitif subsiste entre le mari et ses vendeurs et que, vis-à-vis d'eux, la femme est substituée aux obligations du mari ; or la jurisprudence se prononce bien dans le sens, que la femme est étrangère au contrat primitif, puisqu'elle décide que la femme exerçant le retrait n'est point tenue directement et personnellement, vis-à-vis du vendeur de l'immeuble acquis par son mari, de l'exécution de l'acte d'acquisition (Cass., 14 nov. 1854, S. 55, 1. 718 ; Riom, 4 juin 1857, S. 57, 2. 599). Dès lors, si le prix de l'acquisition est encore dû, elle ne peut être soumise qu'à l'exercice du privilège du vendeur (*Adde*, Grenoble, 18 août 1854, S. 55, 2. 91).

Laissant désormais cette question de côté, nous examinerons les effets de chacune des deux branches de l'option qui appartient à la femme. La femme peut soit renoncer à prendre l'immeuble pour elle, soit affirmer sa volonté de le conserver à titre de propre dans son patrimoine.

Première hypothèse : effets de la renonciation faite par la

femme. — Si la femme déclare laisser l'immeuble à la communauté, la situation antérieure se trouve consolidée et la communauté devient propriétaire définitive ; par conséquent le mari a pu valablement grever l'immeuble de droits réels, d'hypothèques, de servitudes, d'usufruit ; il a pu l'aliéner ; tous les droits conférés par lui sont à considérer comme ayant été valablement consentis (Rodière et Pont, tome I, n° 642 ; Guillouard, tome II, n° 557 ; Babinet, *Revue de droit français et étranger*, 1845, tome II, p. 705 ; Baudry, Le Courtois et Surville, tome I, n° 459). Aucune mutation ne s'opérant du patrimoine de la femme à celui du mari, il n'y a pas lieu, pour l'administration de l'enregistrement, de percevoir un droit de vente ni un droit de transcription, ces droits ayant été acquittés à l'origine par le mari. Lorsque la femme prend ce parti et abandonne l'immeuble, l'article 1408, alinéa 2, décide que la communauté devient alors débitrice envers la femme de la portion appartenant à celle-ci dans le prix. Il est clair que cette disposition concerne seulement le cas où le mari a acquis seul la totalité de l'immeuble ; s'il n'a acheté que les portions indivises qui n'appartenaient pas à l'épouse, cette dernière, si elle refuse l'acquisition, conserve sa propre part indivise et n'est créancière d'aucune récompense vis-à-vis de la communauté. Lorsque la femme est créancière pour la portion qui lui appartenait dans le prix de l'immeuble acquis par le mari, elle fait valoir sa créance contre la communauté au moment de l'exercice de ses reprises.

Deuxième hypothèse : effets du retrait. — L'article 1408 se borne à dire que « la femme peut retirer l'immeuble en remboursant à la communauté le prix de l'acquisition. » A priori, on peut concevoir trois façons d'expliquer la possibilité pour la femme de reprendre l'immeuble à titre de propriété : 1° Il y aurait transmission nouvelle faite par la communauté à la femme ; 2° on peut analyser l'opération en une gestion d'affaires par le mari pour le compte de sa femme, suivie d'une ratification de celle-ci ; 3° enfin une troisième conception serait la combinaison des deux autres : ratification par la femme d'une gestion d'affaires et substitution de celle-ci, dans une certaine mesure, à l'acte passé par le mari.

Première conception. — Elle consiste à voir dans le retrait une transmission nouvelle de l'immeuble faite par la communauté au profit de la femme ; il y aurait ainsi deux mutations successives, le retrait constituerait une seconde acquisition (Laurent, tome XXI, n^{os} 348 à 353). L'immeuble échapperait dès lors aux conséquences de la rétroactivité ; il ne deviendrait un propre au profit de la femme que pour l'avenir ; cette conception aboutit à considérer la femme comme l'ayant cause du mari ou plutôt de la communauté ; elle devra subir toutes les hypothèques, conventionnelles, légales ou judiciaires, respecter tous les droits réels, concédés à des tiers par le mari ; en outre, un second droit de mutation devra être acquitté par la femme. — Une pareille conception se comprendrait de la

part d'une législation qui redouterait, avant tout, de porter atteinte aux droits des tiers, et qui répugnerait à multiplier les conditions résolutoires ; mais ce n'est point là la caractéristique du Code civil. Il admet très facilement l'idée des résolutions rétroactives, surtout dès qu'il s'agit d'assurer la protection d'une personne. Or, la garantie conférée par l'article 1408, alinéa 2, à la femme serait illusoire, si le mari pouvait, avant toute option de l'épouse, grever l'immeuble de charges réelles qui subsisteraient par la suite. Comment le législateur aurait-il permis à l'épouse de différer son option jusqu'à la fin de la communauté tout en laissant le mari libre de l'anéantir ou de l'entraver par des aliénations ; au surplus, ce système est inadmissible ; il se trouve en contradiction avec les précédents historiques, avec l'affirmation souvent répétée par les anciens auteurs que le retrait n'est pas une nouvelle vente ; et d'ailleurs, la rétroactivité n'est pas dangereuse ici pour les tiers, car ils ont un moyen très simple de se mettre à l'abri : c'est d'exiger le concours de la femme dans les constitutions de droits réels consenties par le mari. Grâce à cette collaboration des époux dans les actes dont il s'agit, les tiers n'auront rien à redouter des conséquences du parti auquel la femme s'arrêtera ultérieurement, (Cf. Guillouard, tome II, n° 559 ; Aubry et Rau, tome V, § 507, p. 315).

Deuxième conception. — De toutes les manières d'envisager l'opération, celle qui est assurément la plus conforme aux

données historiques, à la tradition romaine et à l'opinion formulée par les jurisconsultes de l'ancien droit, est d'analyser la reprise de l'immeuble par la femme en une gestion d'affaires qu'elle vient ainsi ratifier. Les anciens auteurs avaient exprimé leur opinion dans des formules énergiques ; l'acheteur disparaissait pour être remplacé par le retrayant : « ob retractum fingitur emptor retro non acquisivisse », déclarait Tiraqueau (*Du retrait lignager*, § 29 Glause II, n° 4 et 5). Pour Dumoulin, il y avait subrogation du retrayant à l'acheteur : « perinde est ac si emisset ab ipso venditore et primus emptor non est amplius in consideratione et perinde habetur ac si non emisset » (*Commentaire sur le Titre I de la Coutume de Paris*, § 20). Donc, en exerçant le retrait d'indivision, la femme prend pour elle le marché conclu par le mari. Le droit de propriété est définitivement consolidé sur la tête de l'épouse ; les conséquences sont faciles à déduire : il y a d'abord rétroactivité dans les rapports entre le mari et les tiers qui sont ses ayants cause. Cette rétroactivité est également opposable aux tiers dont le mari est l'ayant cause, c'est-à-dire aux tiers vendeurs avec lesquels le mari a traité. L'adjudication est censée intervenue directement au profit de la femme. Or, les tiers vendeurs étaient avant l'aliénation les anciens copropriétaires de l'immeuble avec la femme ; on doit donc raisonner comme si ab initio l'adjudication avait eu lieu au profit de l'épouse ; elle peut dès lors invoquer l'application de l'article 883 C. civ. : l'adjudication a eu lieu, en réalité, au profit d'une copartageante.

L'idée de gestion d'affaires conduit donc à admettre une triple rétroactivité : 1°) à l'égard des tiers ayants cause du mari ; 2°) à l'égard des tiers vendeurs de l'immeuble ; 3°) vis-à-vis des copropriétaires des vendeurs de l'immeuble. De toutes les conceptions juridiques susceptibles d'expliquer la reprise ou la conservation de l'immeuble par la femme, la notion de gestion d'affaires est donc la plus protectrice des intérêts de tous. C'est le maintien de la présomption, instituée par le droit romain et conservée dans l'ancienne France, d'un achat pour le compte de la femme.

Toutefois l'idée de gestion d'affaires doit être légèrement modifiée et mise en harmonie avec la conception moderne de la communauté, pour fournir une explication rationnelle du parti pris par la femme, lorsqu'elle déclare vouloir consolider sur sa tête la propriété de l'immeuble. La gestion d'affaires peut, en effet, sous le régime de la communauté, servir d'explication à une autre opération qui a pour but de faire acquérir un immeuble à la femme : *le remploi* (art. 1434). Dans l'hypothèse d'un remploi, le prix de l'immeuble acquis par le mari a été également payé avec des deniers provenant de la vente d'un propre de la femme. Si donc elle accepte de remplacer dans son patrimoine l'immeuble vendu, avec l'acquisition faite par le mari, elle prend rétroactivement la propriété de l'immeuble ainsi acquis ; l'hypothèse offre beaucoup d'analogie avec celle de l'article 1408, alinéa 2, et l'on comprend que la même explication, c'est-à-dire la ratifica-

tion, par la femme d'une gestion d'affaires entreprise par le mari, rende compte à la fois de la théorie du remploi, et de l'article 1408, alinéa 2. Or, si l'explication convient parfaitement au remploi (Labbé, *De la ratification des actes d'un gérant d'affaires*, n° 89 et s.; et, dans une certaine mesure, M. Planiol, tome III, n° 959) elle ne s'applique pas d'une manière aussi adéquate au retrait exercé par la femme; elle ne s'adapte pas aussi nettement au but recherché par la loi dans l'article 1408; en effet, dans le remploi, l'acte d'acquisition réalisé par le mari se présente, en apparence comme dans la réalité, sous la forme d'un contrat passé en faveur de la femme. L'opération n'est pas de nature à inspirer de la défiance vis-à-vis du mari. Mais dans l'hypothèse de l'article 1408, la situation change complètement; l'apparence n'est pas favorable au mari: au lieu d'un acte normal on se trouve en présence d'un contrat suspect, de nature à éveiller une défiance légitime à l'encontre du mari.

Il convient donc de se rattacher à une *troisième conception*, intermédiaire entre l'idée de gestion d'affaires et la notion d'une seconde transmission de la part de la communauté à la femme. Cette conception, légèrement modificative de la notion de gestion d'affaires, se rattache également à l'histoire, et l'origine s'en trouve dans la tradition de l'ancien droit. C'est l'idée du retrait considéré non pas comme une acquisition nouvelle, mais comme la consolidation définitive sur la tête de la femme d'un droit de propriété qu'elle possédait déjà à l'état virtuel, qui était en puissance

dans son patrimoine. De la sorte, nous ne nous mettons pas en contradiction, avec l'opinion que nous avons adoptée sur le caractère juridique de l'option de la femme. En ratifiant l'acte d'acquisition passé par son mari, l'épouse fait entrer définitivement dans sa fortune propre un droit qui y figurait déjà à *titre d'éventualité*.

Une situation de ce genre, qui peut paraître singulière à l'époque actuelle, se rencontrait fréquemment dans l'ancienne France, où elle s'était développée avec le régime féodal. On qualifiait alors de « retraits » la faculté appartenant à une personne qui, sans être propriétaire d'un immeuble, avait un droit éventuel à le devenir. Tel était le cas du seigneur suzerain, qui, en vertu du retraits féodal, possédait le droit éventuel de réunir le fief servant au fief dominant. Le système de l'institution connue alors sous le nom de « retraits » s'harmonisait parfaitement avec l'organisation féodale qui tendait à concentrer dans la classe noble la propriété foncière considérée comme la source unique de la richesse et de la puissance ; (Montesquieu, *Esprits des Lois*, V. 9). Si le vassal venait à aliéner le fief, le suzerain avait le droit de prendre l'aliénation pour son compte et de se substituer à l'acquéreur. — Le retraits lignager n'était pas d'une nature différente ; c'était l'exercice d'une cause de préférence pour l'acquisition d'un bien déterminé. Merlin le définit : « Le droit que la loi accorde aux parents du propriétaire d'un immeuble d'obliger l'acheteur à leur délivrer, en le remboursant et en l'indemnisant de tout ce que l'acquisition lui a coûté. » (*Répertoire universel et raisonné*

de jurisprudence, 4^e éd., 1812, v. *Retrait lignager*). — C'était une application de cette règle coutumière que les propres de succession doivent revenir à la branche par laquelle ils sont entrés dans la fortune du défunt. Si le propriétaire actuel du bien vient à l'aliéner, les représentants de la branche de parents d'où provient l'immeuble possèdent un droit éventuel qui, leur permet de réunir à leur propre patrimoine le bien aliéné. Dans toutes ces applications, sous l'ancien régime, le retrait se caractérise donc toujours par l'idée d'un individu qui, sans doute, n'est pas investi de la propriété actuelle du bien visé par le retrait, mais qui est en situation d'invoquer une juste cause d'acquérir ou de consolider par la suite cette propriété par préférence à tous autres.

En s'inspirant de ces données de l'histoire, on est conduit à dire que la femme, propriétaire par indivis de l'immeuble auquel s'applique l'article 1408, alinéa 2, a dans son patrimoine un droit éventuel à la propriété incommutable de l'immeuble, par préférence au mari. La loi traite donc l'épouse par rapport au mari comme le droit féodal traitait le seigneur suzerain par rapport au vassal ; elle attribue à l'épouse la faveur de prendre à son compte et à son profit le marché passé par le mari aux conditions initiales de ce marché.

Comme conséquence forcée, tous les droits réels créés par le mari sur l'immeuble, les aliénations totales ou partielles qu'il en a consenties sont non avenues à l'égard de la femme. L'option exercée par elle dans le sens de la

reprise de l'immeuble est rétroactive vis-à-vis des tiers qui sont les ayants cause du mari. Lorsqu'elle prend pour son compte l'acquisition réalisée par le mari, l'immeuble est à considérer comme ayant appartenu toujours en propre à l'épouse, toutes les aliénations ou acquisitions de droits réels consenties par le mari depuis l'acquisition du bien tombent comme ayant été faites par une personne sans qualité (Rodière et Pont, tome I, n° 641; Aubry et Rau, tome V, § 507, p. 315; Guillouard, tome II, n° 559; Baudry, Le Courtois et Surville, tome I, n° 460.)

De là résultent les conséquences suivantes : 1°) Le mari seul ne peut hypothéquer un immeuble acquis pendant le mariage et qui, avant l'acquisition, appartenait par indivis à sa femme (Cass. 30 juillet 1816, *D. Rép. V° Contrat de mariage*, n° 858); 2°) Le mari seul ne peut vendre l'immeuble par lui acquis pendant le mariage et qui, lors de l'acquisition, appartenait par indivis à sa femme. Malgré la vente, la femme peut, quand, par suite d'une séparation de biens ou de la dissolution de la communauté s'impose le règlement de ses droits, opter pour le retrait et l'exercer contre l'acquéreur (Riom, 20 mai 1839, *S.* 39, 2. 513); 3°) Le prix d'immeubles indivis entre la femme et les tiers, immeubles qui, achetés par le mari, ont été revendus par lui, ne peut être saisi à la requête de ses créanciers, si la femme, usant de son droit, déclare opter pour le retrait des immeubles entiers; ces immeubles sont alors propres à la femme (Besançon, 20 mars 1850, *S.* 50, 2. 445.)

En définitive, les tiers qui achètent au mari un

immeuble dont la propriété peut être, en vertu de l'article 1408, revendiquée par la femme, ne traiteront en toute sécurité que s'ils exigent l'adhésion de l'épouse au moment du contrat intervenu avec le mari. Or, comme les tiers avisés ne manqueront pas de recourir à cette précaution, l'habitude régnant aujourd'hui de faire toujours concourir les deux époux aux actes concernant l'un deux, l'effet rétroactif de l'option exercée par la femme ne sera pas, en fait, préjudiciable au crédit public.

Mais ne pourrait-on pas soutenir que la femme, au cas où elle accepterait la communauté, serait tenue alors même que son mari aurait vendu l'immeuble sans son concours, de l'obligation de garantie assumée par lui vis-à-vis de l'acquéreur et qu'elle trouve dans le passif de la communauté ? Il faut répondre négativement. Conformément à l'opinion enseignée par Pothier dans son *Traité de la communauté* (n° 253), il est rationnel de décider que, en vendant un bien appelé à devenir la propriété de sa femme, le mari a agi comme un mandataire excédant ses pouvoirs ; or, le mari n'oblige pas la communauté, lorsqu'il accomplit sur les propres de sa femme des actes qui dépassent ses pouvoirs (Pothier, *Traité de la communauté*, n° 253). Il n'y a donc pas à redouter pour la femme, sauf l'hypothèse où elle aurait concouru à l'aliénation, de se heurter à l'exception de garantie.

Signalons enfin que la femme optant pour la conservation de l'immeuble dans son patrimoine n'est redevable d'aucun droit de mutation immobilière. En effet, l'acqui-

sition qui a été réalisée par le mari, sous réserve de la faculté pour la femme de la faire sienne, a subi, à l'origine, la perception de l'impôt applicable aux ventes immobilières, et il n'y a pas à distinguer à cet égard selon que la femme accepte ou répudie la communauté. (Par le même motif, le droit de mutation ayant été acquitté à l'origine, l'enregistrement ne pourrait pas non plus réclamer un droit de vente immobilière, à raison de l'abandon, par la femme, de l'immeuble à la communauté.)

Lorsque la femme prend l'immeuble pour son compte, l'opération ne doit pas aboutir à un appauvrissement de la communauté ; elle doit donc lui rembourser d'abord le montant du prix payé par le mari ; le remboursement du prix payé par l'acheteur est en effet imposé par la règle que, sous le régime de la communauté, aucun des trois patrimoines ne doit s'enrichir au détriment des deux autres. L'indemnité due par la femme à la communauté comprendra d'abord le prix réel que le mari a dû payer pour l'acquisition. Si le mari et les copropriétaires avaient, dans le but de nuire à la femme et de mettre obstacle à la reprise de l'immeuble par elle, frauduleusement exagéré le prix de la cession, l'épouse serait admise à faire la preuve de cette fraude par tous les moyens. La femme doit, d'ailleurs, rembourser à la communauté le prix d'acquisition que celle-ci a acquitté, sans pouvoir prétendre à une diminution au cas où l'immeuble aurait baissé de valeur et, inversement, sans être tenue d'un supplément de prix si la valeur de l'immeuble a augmenté (Rodière et

Pont, tome I, n° 640 ; Guillouard, tome II, n° 562) ; mais la femme ne sera pas toujours obligée de rembourser la totalité du prix à la communauté. Si le mari a acquis la totalité de l'immeuble, cette acquisition a porté aussi sur la part indivise de la femme ; celle-ci est donc devenue créancière de la portion qui, dans le prix, représente cette part, et elle a la faculté, lorsqu'elle exerce le retrait, de déduire cette reprise de la somme qu'elle doit à la communauté pour le remboursement du prix de l'adjudication.

La femme doit rembourser à la communauté, outre le prix de l'acquisition, les frais et loyaux coûts du contrat, ainsi que le montant des dépenses nécessaires et utiles faites par la communauté pour la conservation ou l'amélioration de l'immeuble (Rodière et Pont, tome I, n° 640).

Nous avons dit que l'option manifesté par la femme dans le sens de la reprise de l'immeuble est l'exercice du droit éventuel qui lui appartenait de devenir propriétaire par préférence au mari. Cette conception qui aboutit à la rétroactivité dans les rapports de la femme et du mari, et aussi dans les rapports de la femme avec les ayants cause du mari, engendre-t-elle la même conséquence vis-à-vis des tiers dont le mari est l'ayant cause ? Le contrat conclu par le mari va-t-il disparaître complètement ? L'intérêt de la question apparaît dans l'hypothèse où le prix de l'aliénation est encore dû en totalité ou en partie. Si la rétroactivité est absolue, si la personne du mari acquéreur s'efface derrière celle de la femme quand celle-ci prend le marché

pour elle, le mari serait complètement dégagé de toute obligation quant au paiement du prix et le vendeur primitif aurait désormais la femme pour débiteur unique. Ce serait bien, en effet, le résultat auquel aboutirait la conception de la gestion d'affaire dans toute sa pureté. Si, au contraire, le retrait d'indivision s'explique par la juxtaposition de deux idées, la notion de gestion d'affaires et celle d'une seconde transmission à la femme, le vendeur primitif ne change pas de débiteur ; les copropriétaires de la femme gardent leur action personnelle en paiement du prix contre le mari, mais il ne peut agir contre la femme qu'en vertu de leur privilège de vendeurs ou de leur action résolutoire, à la condition d'avoir conservé ces différentes sûretés.

De plus, le principe de la rétroactivité absolue engendre comme corollaire que la femme est censée avoir toujours été seule en présence de ses copropriétaires : elle est à considérer comme ayant traité elle-même avec ces derniers pour l'acquisition de l'immeuble. L'acte par lequel elle revendique le bien présente donc le caractère d'un partage et non pas celui d'une vente. Par suite, à défaut de paiement de prix afférent à leur part indivise, les copropriétaires ne seraient fondés à exercer contre la femme que le privilège des copartageants. L'option de la femme, qui reprend son immeuble, équivalant à un partage dans les rapports avec ses coindivisaires, ceux-ci perdraient en même temps l'action en résolution ; et en outre le droit fiscal à percevoir sur l'acte constatant la propriété de la femme serait le tarif des partages (25 cent. %) et non

celui des mutations immobilières (4 ou 7 %). Enfin, en déduisant les dernières conséquences qui se rattachent au caractère déclaratif de l'article 883, on serait amené à dire que la femme, rétroactivement propriétaire depuis le jour de l'adjudication, serait fondée à méconnaître non seulement les droits réels consentis par le mari depuis cette époque, mais encore tous ceux conférés par les anciens copropriétaires sur l'immeuble depuis le début de l'indivision.

L'intérêt du débat étant ainsi précisé, que convient-il de décider? La question a donné lieu à une longue controverse en doctrine : une première opinion, enseignée par MM. Labbé (*Revue critique*, tome VI, p. 142 et s.) et Colmet de Santerre (tome VI, n° 37 bis, X) admet la rétroactivité absolue à l'égard de tout le monde, même vis-à-vis du vendeur : « Supposez, écrit M. Labbé, que le retrayant soit, dès le principe, celui avec lequel le vendeur a contracté ; écartez l'acheteur primitif comme s'il avait toujours été étranger à l'opération. Toutes les conséquences qui en résulteront seront vraies. » Dans cette doctrine, on prétend qu'il est illogique d'accepter pour partie l'idée de l'effet rétroactif et de l'écarter pour le surplus. On invoque d'autre part, dans une certaine mesure, l'histoire et les précédents à l'appui de cette thèse, notamment l'opinion de Tiraqueau : pour ce jurisconsulte, le retrayant prenait tous les droits et toutes les obligations de l'acquéreur (*Traité du retrait*, § 29, Glause II, n°s 4 et 5); mais on pourrait répondre à cet argument que dans l'ancien droit, l'opinion de Tiraqueau

n'était pas universellement admise. Pothier décidait conformément à Dumoulin que, vis-à-vis du retrayant l'acheteur primitif restait toujours obligé. « Le vendeur n'est pas obligé, quelque caution qu'on lui offre, d'accepter le retrayant pour débiteur à la place de l'acheteur : la raison en est que le retrait est une affaire qui ne se passe qu'entre le retrayant et l'acheteur sur qui le retrait s'exerce, et qui ne concerne pas le vendeur..... Le vendeur se trouve dans la règle générale, qui ne permet pas que le créancier puisse être obligé malgré lui de changer de débiteur, quelque caution qu'on lui offre » (*Traité des retraits* n° 300).

Puis MM. Labbé et Colmet de Santerre, se plaçant au point de vue du droit moderne, affirment que le retrait se présente purement et simplement comme l'exercice d'une condition résolutoire. Or, l'effet d'une semblable condition doit se produire *erga omnes*, et être opposable même au vendeur. La femme est donc complètement substituée au mari dans les effets du contrat passé par ce dernier, et les coïndivisaires auront la ressource d'une action directe contre elle.

Mais cette opinion doit être écartée. Indépendamment des inconvénients pratiques auxquels aboutit le système que nous venons d'exposer (obligation imposée au vendeur de changer de débiteur, incertitude prolongée, jusqu'à l'option de la femme, des droits conférés sur l'immeuble par les copropriétaires de celle-ci), et qui suffiraient déjà à faire écarter une semblable doctrine, l'analyse des motifs sur lesquels repose l'article 1408,

alinéa 2, conduit à une toute autre solution. Contre qui, en effet, l'opération présentée comme un retrait par l'article 1408, alinéa 2, est-elle dirigée ? Ce n'est point contre les personnes qui ont vendu l'immeuble, mais contre l'acheteur que sa qualité de mari rend suspecte. Aucune cause de défiance n'existe, au contraire, à l'égard des vendeurs ; rien de plus juste alors que la reprise de l'immeuble par la femme ne produise ses effets qu'à l'égard du mari ; il serait inutile et injuste que ces conséquences se poursuivent même à l'encontre des vendeurs primitifs. L'ancien contrat doit donc continuer à produire ses effets dans les rapports entre le mari adjudicataire et les copropriétaires vendeurs ; c'est le mari qui reste personnellement débiteur du prix ; l'option exercée par la femme demeure absolument étrangère à ses coïndivisaires et ne réagit nullement sur eux ; en d'autres termes, la rétroactivité de l'option se produit bien à l'égard des tiers qui sont les ayants cause du mari, mais non à l'égard des vendeurs ni à l'égard des ayants cause du vendeur. En conséquence, la femme n'est point tenue personnellement, vis-à-vis de ses copropriétaires, de l'exécution de l'acte d'acquisition. Elle n'est pas débitrice du prix ou de la portion du prix restant dû par le mari, et elle ne peut subir que le privilège du vendeur, si les copropriétaires l'ont régulièrement conservé (Cass., 14 novembre 1854, S. 55, 1. 718 ; Riom, 4 juin 1857, S. 57, 2. 599). Enfin, l'article 883 n'a aucune application dès le début de l'indivision et c'est seulement au jour de l'adjudication que remonte le droit de la femme ;

tous les droits réels que les copropriétaires avaient pu consentir à des tiers depuis le début de l'indivision ont été irrévocablement constitués ; l'option manifestée par la femme ne saurait les atteindre. En un mot, l'acte d'acquisition par le mari ne change pas de nature ; les copropriétaires par indivis avec la femme n'ont jamais eu en face d'eux comme acheteur que le mari. L'opinion adverse est inadmissible d'abord à cause de ses inconvénients pratiques ; d'après elle, l'adjudication, qui doit avoir pour résultat de fixer le sort de l'immeuble, ouvrirait au contraire une ère d'incertitude. Puis la thèse défendue par M. Colmet de Santerre repose sur l'idée que l'article 1408, alinéa 2, considère la reprise de l'immeuble par la femme comme l'exercice d'une condition résolutoire ; or, c'est là une erreur certaine ; l'article 1408, alinéa 2, n'implique aucune condition de ce genre. Le propre d'une condition résolutoire, en matière de vente d'immeuble, c'est d'anéantir le contrat tout entier et d'amener le retour de la propriété à celui qui l'avait transférée. Or, avec la théorie de la condition résolutoire, l'adjudication primitive serait anéantie et l'immeuble reviendrait aux copropriétaires de la femme. Mais telle n'est pas la solution donnée par l'article 1408, alinéa 2. Il y a simplement substitution d'un acheteur définitif à un acquéreur provisoire ; mais aucune résolution de propriété n'est prononcée. Il est, dès lors, inutile de rendre l'option exercée par la femme opposable à tous. C'est simplement la consolidation, sur sa tête, d'une propriété qu'elle avait déjà en germe dans son patri-

moine ; mais aucune atteinte n'est portée au contrat initial. Ainsi la situation des copropriétaires qui ont traité avec le mari n'est nullement modifiée par la volonté qu'affirme la femme de prendre ou de conserver l'immeuble par devers elle.

Telles sont les conséquences de l'idée d'après laquelle le choix de la femme doit être considéré comme s'analysant en la ratification d'une gestion d'affaires, accompagnée d'une transmission, de la communauté à l'épouse, dans la mesure où la propriété de l'immeuble est définitivement consolidée sur la tête de celle-ci. (Rodière et Pont, t. I, n° 640 ; Aubry et Rau, t. V. § 507, p. 315 ; Guillouard, t. II, n° 560 ; Baudry, Le Courtois et Surville, t. I, n° 461 ; Grenoble, 18 août 1854, S. 55, 2. 9 ; Douai, 28 avril 1851, S. 52, 2. 369.)

RÈGLES PARTICULIÈRES AU RÉGIME DOTAL.

Nous avons dit précédemment que l'application de l'article 1408, alinéa 2, n'était pas limitée au régime de communauté. Ce texte peut être invoqué par la femme sous le régime dotal et à l'occasion de la licitation, dans lesquels la femme possède des droits dotaux indivis. L'adjudication de cet immeuble peut être faite au profit soit d'un tiers, soit de la femme, soit du mari ; dans le cas où, sur la licitation, c'est le mari qui s'est rendu adjudicataire, on admet presque unanimement que la femme

possède en vertu de l'article 1408, alinéa 2, la faculté d'option lui permettant soit de laisser l'immeuble au mari, soit de le revendiquer pour elle. Si l'épouse ne se soucie pas d'affirmer sa propriété sur l'immeuble, le mari en sera propriétaire pour le tout.

Mais ne pourrait-on pas soutenir que la femme, étant incapable de compromettre sa dot, ne peut abandonner au mari sa part dotale d'immeuble, et que, par suite, l'adjudication au profit du mari engendrerait une nouvelle indivision entre les deux époux? Ce serait un raisonnement inexact; en effet, du moment où l'adjudication a été prononcée au profit du mari, c'est-à-dire d'un tiers, par rapport aux copropriétaires vendeurs par indivis, la part indivise de la femme, bien que dotale et aliénable, peut être valablement comprise dans l'adjudication et aliénée (art. 1558). La femme n'ayant plus, dès l'adjudication, de part dotale, a exercé ultérieurement son option à l'égard d'un immeuble qui n'était plus inaliénable et elle a opté pour le tout; mais le droit de la femme est simplement transformé, car l'article 1558, *in fine*, démontre que, désormais, l'épouse peut exiger l'emploi de la part qui lui revient dans le prix de licitation. La validité de l'adjudication n'est pas, sans doute, subordonnée à cet emploi, mais la femme a le droit de l'exiger, et, si le mari adjudicataire ne se soucie pas de cet emploi, il en sera responsable vis-à-vis de la femme. (Guillouard, tome IV, n° 2014; Baudry, Le Courtois et Surville, tome III, n° 1727). Si le prix ou la portion du prix de licitation revenant à l'épouse

est régulièrement employé, le bien acquis en emploi sera dotal.

Il se peut, à l'inverse, que la femme déclare prendre pour elle l'acquisition faite par le mari. Elle avait un droit indivis sur l'immeuble avant la licitation, et elle en devient ensuite propriétaire exclusive, par suite de l'option qu'elle a manifestée. Cet immeuble, dont la femme était copropriétaire pour une fraction indivise, fraction qu'elle s'était constituée en dot, va-t-il devenir dotal pour la totalité? — Sous la communauté, cette décision prise par la femme aurait eu pour conséquence d'attribuer à l'immeuble tout entier la qualité de propre. — Faut-il dire également ici que le caractère dotal afférent à la part indivise va s'étendre, par suite de l'option, à l'immeuble tout entier? Nullement, ce sera à titre de paraphernal que la femme prendra l'immeuble tout entier. En effet, dans l'hypothèse où la femme s'est constituée en dot la part qui lui appartenait par indivis dans un immeuble déterminé, la circonstance qu'elle se rend, par la suite, adjudicataire par licitation de la totalité de l'immeuble ne saurait augmenter la dot, en raison de la prohibition inscrite dans l'article 1543 (Guillouard, tome IV, n° 1759; Aubry et Rau, tome V, p. 543, § 534; Baudry, Le Courtois et Surville, tome III, n° 1587 et 1727; Montpellier, 24 janvier 1895, D. 95, 2. 435) Or, l'exercice ultérieur par la femme de la faculté d'option résultant de l'article 1408, § 2, lorsque le mari s'est porté adjudicataire de l'immeuble, la place, à raison de la

rétroactivité, exactement dans la même situation que si l'adjudication avait été immédiatement prononcée à son profit. C'est la conséquence de l'idée, déjà développée, que le retrait opéré par la femme ne modifie nullement le contrat initial passé par le mari.

Observons d'ailleurs que, sous le régime dotal, où il n'y a plus à parler de la dissolution d'un régime de communauté d'intérêts entre époux, l'option doit être faite par la femme lorsqu'elle procède au règlement de ses droits (Rodière et Pont, tome I, n° 635).

APPENDICE.

Le retrait d'indivision au point de vue des droits d'enregistrement.

Nous nous contenterons de rappeler, en ce qui concerne les droits de *mutations entre vifs*, à titre onéreux, auxquels peut donner lieu l'exercice de la faculté d'option de l'article 1408, alinéa 2, que la femme qui déclare prendre ou conserver pour elle l'immeuble acheté par le mari n'est redevable d'aucun droit de mutation immobilière. Car il n'y a pas de mutation nouvelle entre la communauté et la femme ; il n'y a qu'une simple substitution de propriétaire dans une acquisition faite en vertu d'un contrat qui n'est pas modifié.

Quant à la perception à faire sur l'adjudication prononcée au profit du mari pendant la communauté, l'administration, après avoir longtemps décidé que le droit exigible était celui des ventes (dont le tarif était alors de 5,50 ‰, (*Dictionnaire de l'Enregistrement*, 3^e éd., n^{os} 309 et 310, v^o *Commu-*

nauté), accepte maintenant la thèse d'après laquelle l'immeuble acquis par le mari devient immédiatement un propre de la femme. Par suite, la mutation s'opérant entre cohéritiers, (les copropriétaires et la femme) et non entre étrangers (les copropriétaires et la communauté), le tarif applicable n'est plus celui des ventes d'immeubles (aujourd'hui 7 ‰), mais celui des licitations entre cohéritiers (*Solution du 4 septembre 1886, Journal de l'Enregistrement*, n° 22.820, D. 88, 3. 79). Ce tarif est de 4 ‰.

La perception des *droits de mutation par décès* est intéressée également par l'application de l'article 1408, alinéa 2. Convient-il, en effet, de comprendre l'immeuble dans la déclaration de la succession du mari, ou dans celle de la femme après la dissolution de la communauté par la mort de l'un des deux époux? Si la femme a déclaré abandonner l'immeuble à la communauté ou au mari (sous les régimes où il n'y a pas de communauté), l'immeuble tout entier devient la propriété de la communauté ou du mari. Or, devenu conquêt, l'immeuble donne droit aux droits de mutation par décès sur la moitié de sa valeur, après la mort du mari ou de la femme. Si l'immeuble est devenu un propre du mari (sous un régime de non communauté, ou si la femme a renoncé à la communauté), il est assujetti aux droits de mutation par décès sur sa valeur entière après le décès du mari, mais il est affranchi de tout droit après le décès de la femme.

L'application de ces principes conduit aux résultats suivants (voir note de M. Wahl, S. 96, 2. 53) : 1°) L'option

faite par la femme pour la reprise de l'immeuble entraîne cette conséquence que l'immeuble supporte au décès de l'épouse le droit de mutation par décès sur toute sa valeur, mais n'est frappé d'aucun droit après la mort du mari;

2º) L'abandon par la femme de l'immeuble à la communauté a pour conséquence d'entraîner la perception d'un droit de succession sur la moitié de la valeur de l'immeuble, que la communauté soit dissoute par le décès du mari ou de la femme. Toutefois, les héritiers du mari devraient payer le droit de mutation par décès sur l'immeuble entier, si la femme renonçait à la communauté.

Enfin : 3º) que décider quand la femme est morte sans avoir exercé son option ? Si on appliquait jusqu'au bout l'idée que l'acquisition de l'immeuble par le mari a formé, dès le début, un propre pour la femme, il faudrait comprendre l'immeuble en totalité dans la déclaration de succession de la femme ; (sic Cass. 31 mars 1835, S. 35, 1.516). Un jugement rendu par le tribunal civil de Toulouse, le 27 janvier 1894, a résolu dans cette hypothèse la question de savoir si le mari ou les héritiers du mari ne pouvaient exercer du chef de la femme l'option qui appartenait à celle-ci. Ce jugement a été rendu dans une instance soulevée par l'administration de l'enregistrement. Et il s'agissait de savoir si les héritiers du mari pouvaient, du chef de la femme, exercer l'option dont celle-ci aurait pu se prévaloir, dans un sens conforme à leurs intérêts et de manière à éviter le paiement des droits de succession. L'épouse était décédée après avoir institué son mari léga-

taire universel ; quelque temps après, le mari mourut lui-même, laissant pour lui succéder son neveu, qui se trouva investi tout à la fois de la fortune de son oncle et de celle de sa tante ; il dut, dès lors, passer une double déclaration de succession ; mais, dans celle concernant la fortune laissée par sa tante, il s'abstint de comprendre l'acquisition faite par son oncle durant le mariage, de la part indivise revenant à son épouse dans un ensemble de biens meubles et immeubles. Les époux étaient mariés sous le régime d'exclusion de communauté. L'enregistrement réclama alors des droits simples et en sus, pour omission, dans la déclaration de la succession de la femme, de la part indivise acquise par le mari au cours du mariage. L'héritier du mari refusait de payer les droits réclamés par la régie, en alléguant que sa tante avait incontestablement le droit de laisser pour compte au mari l'immeuble que celui-ci avait acquis ; ce droit était passé au mari par suite du legs universel fait en sa faveur. Le mari lui-même, étant mort sans avoir exercé aucune action, avait transmis avec sa succession la faculté d'option à son neveu, et celui-ci se prétendait libre d'invoquer l'option dans le sens le plus avantageux, c'est-à-dire qu'il se prononçait dans le sens de l'attribution des biens comme propres au mari. De cette manière, il n'y avait qu'une seule transmission, ne donnant ouverture qu'à un seul droit de succession, tandis que propres de la femme, les biens auraient été dévolus deux fois et assujettis deux fois à l'impôt.

Le tribunal déclare, d'ailleurs, que le moyen employé

par l'héritier pour éviter un double droit de mutation ne présente aucun caractère frauduleux, car il n'y a aucune fraude d'user d'une faculté légale, pour se soustraire au paiement des droits de mutation par décès.

Or (Riom, 12 déc. 1888, S. 91, 2. 85) l'option était transmissible au mari légataire universel de la femme ; et l'héritier unique du mari était absolument fondé à se prévaloir de la même faculté que le mari (Trib. civ. Toulouse, 27 janvier 1894, S. 96, 2. 53, Note Walh).

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
L. LIARD.

Vu :
Le Président de la Thèse,
R. PIÉDELIEVRE.

Vu :
Le Doyen,
P. CAUWÈS.

BIBLIOGRAPHIE

BAUDRY, LE COURTOIS et SURVILLE. — *Du contrat de mariage*, 2^e éd., 1901, tome I et III.

GUILLOUARD. — *Traité du contrat de mariage*, 4^e éd., tomes II et IV.

AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français*, 4^e éd., tome V.

COLMET DE SANTERRE. — *Cours analytique du code civil*, 2^e éd., tome VI.

RODIÈRE et PONT. — *Traité du contrat de mariage*, 2^e éd., 1869 ; tome I.

PLANIOL. — *Traité de droit civil*, 5^e éd., 1910, tome III.

BOURCART. — Note Sirey, 1891, 2. 49.

WAHL. — Note Sirey, 1896, 2. 53.

LABBÉ. — *Des effets de la ratification des actes d'un gérant d'affaires*, 1859.

BABINET. — *Revue de droit français et étranger*, 1845, tome II, p. 702.

LABBÉ. — *Revue critique de législation et de jurisprudence*, tome VI, p. 142 et s.

Dictionnaire des droits d'enregistrement, 3^e éd., tome I, 1874.

Répertoire général de la pratique notariale ; *Revue belge*, 1902, p. 129 et s. : « Du retrait d'indivision, ses conditions et ses effets ».

FLURER. — *Du retrait d'indivision*, thèse, Nancy, 1874.

DELOM DE MEZERAC. — *Du retrait d'indivision*, thèse, Paris, 1886.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

PAGES

Généralités sur le retrait.....	1
CHAPITRE I. — HISTORIQUE DU DROIT D'OPTION CONFÉRÉ A LA FEMME.....	7
CHAPITRE II. — CARACTÈRES JURIDIQUES DU DROIT D'OPTION ..	22
CHAPITRE III. — DANS QUELS CAS ET A QUELLES CONDITIONS LA FEMME PEUT-ELLE EXERCER LE DROIT D'OPTION?.....	33
I. — <i>Dans quels cas, sous quels régimes la faculté d'option s'exerce-t-elle?</i>	33
II. — <i>A quelles conditions la femme peut-elle exercer son droit d'option?</i>	38
CHAPITRE IV. — PAR QUI PEUT ÊTRE EXERCÉ LE DROIT D'OPTION ET A QUELLE ÉPOQUE?.....	51
I. — <i>Par qui peut-il être exercé?</i>	51
II. — <i>Jusqu'à quel moment peut-il être exercé?</i>	58
CHAPITRE V. — DES EFFETS PRODUITS PAR L'OPTION DE LA FEMME.	70
I. — <i>Effets de la renonciation faite par la femme</i>	77
II. — <i>Effets du retrait exercé par la femme</i>	79
<i>Règles particulières au régime dotal</i>	95

APPENDICE

Le retrait d'indivision au point de vue des droits d'enregistrement.....	99
BIBLIOGRAPHIE.....	105

